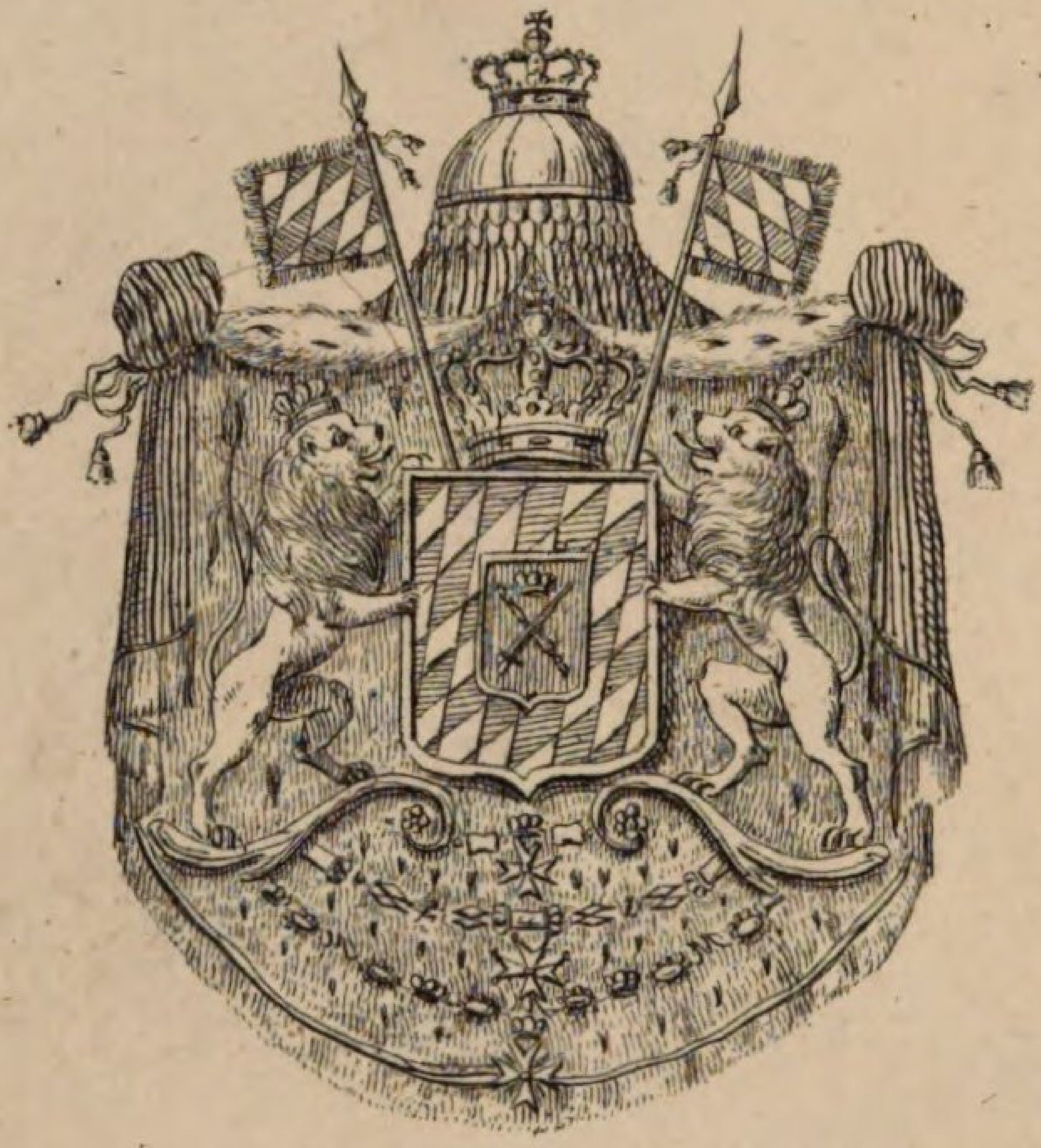
J. pract.
22
e

J. Pt
22e



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Ueber die Aenderung des Klaglibells.

Ein civilistischer Versuch

von

H. Bayer,

Doktor der Philosophie und der Rechte.

Landshut, 1819.

in der Krüll'schen Universitätsbuchhandlung.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorerinnerung.

Nur deßhalb finde ich es nöthig, diesem kleinen Versuche einige Worte als Vorerinnerung vorauszuschicken, weil hier eine Lehre, die in neuester Zeit eine viel allgemeinere Ausdehnung erhalten hat, wieder in ihrer früher gewöhnlichen Beschränkung erscheint, und mich also leicht der Vorwurf treffen könnte, einen Schritt rückwärts gemacht zu haben. — Es

läßt sich zwar keineswegs läugnen, daß gewisse allgemeine Grundsätze über Abänderungen und Verbesserungen des einmal Vorgetragenen bey allen Schriftsätzen im bürgerlichen Processe gleiche Anwendung finden: allein bey einer nähern Untersuchung kann es auch nicht verborgen bleiben, daß gerade in Beziehung auf die Aenderung der Klage insbesondere manche wesentliche Eigenheit Statt findet, welche auf andere Proceßhandlungen nicht anwendbar ist. So unterliegt es z. B. keinem Zweifel, daß sich der Kläger, wenn ihm ursprünglich mehrere Klagen zu Gebote standen, wovon er vielleicht die minder vortheilhafte gewählt hat, wenigstens in einigen Fällen durch Aufgebung des bisherigen Streites und Entschädigung des Beklagten für die gehabten Unköstlen, die Freyheit, zu der andern überzugehen, verschaffen

kann, weil ihn kein Gesetz verbindet, von allen zugleich, wenigstens eventuel, Gebrauch zu machen. Dieses läßt sich aber schlechterdings auf die Exceptionen des Beklagten nicht anwenden, weil diese insgesammt bey Strafe des Ausschlusses mit der Litiscontestation vorgebracht werden müssen. Das Nämliche gilt auch von Repliken und Dupliken. Eben wegen dieser Eigenthümlichkeiten läßt es sich aber, wie ich glaube, auch immer noch rechtfertigen, wenn die Klage-Aenderung bloß in dem Sinne, welchen das Wort mit sich bringt, als Gegenstand einer abgesonderten Lehre behandelt wird.

Uebrigens fühle ich wohl, daß gegenwärtige Schrift nicht bloß, weil sie nur eine Inaugural-Dissertation ist, sondern auch als solche auf die Nachsicht Derjenigen Anspruch

zu machen Ursache hat, welche sie der Durchlesung nicht unwerth halten.

Göttingen,
den 12. März. 1818.

der Verfasser.

Inhalt.

Einleitung. §. 1 - 3.

I. Abschnitt.

Ueber den Begriff und die Arten der Klage-Aenderung.

Erfodernisse des Begriffes im Allgemeinen. §. 4 - 6.

Einzelne Arten:

Aenderung des Klagegrundes. §. 7 - 8.

Aenderung des Gesuches. §. 9.

Unterschied zwischen Klage-Aenderung, — Verbesserung und Erläuterung. §. 10.

II. Abschnitt.

Ueber die Zulässigkeit der Klage-Aenderung.

Vorerinnerung. §. 11.

I. Darf der Kläger in demselben Verfahren seine Klage abändern?

Beantwortung der Frage nach älterem Röm. Rechte. §. 12 - 16.

Nach neuerem Röm. Rechte. §. 17 - 19.

Anwendbarkeit auf unser heutiges gerichtliches Verfahren. §. 20 = 21.

Findet die Abänderung in demselben Verfahren nicht wenigstens mit Einwilligung des Beklagten Statt? §. 22 = 23.

II. In wie fern ist es erlaubt, von einer bereits angestellten Klage zu einer andern nach Aufgebung des durch jene veranlaßten Processes überzugehen?

Rechtliche Hinderungsgründe dieses Ueberganges:

Electives Verhältniß der beyden Klagen an sich. §. 24 = 25.

Rechte des Beklagten aus dem frühern Processe. §. 26 = 27.

Ist derselbe nicht wenigstens vor erfolgter Streit = Einlassung, §. 28.

und nachher mit Einwilligung des Beklagten oder durch Hülfe der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig? §. 29.

Einleitung.

§. 1.

Bekanntlich war es nach älterem Römischen Rechte nicht gestattet, wenn Jemand gegen einen Andern irgend einen klagbaren Anspruch zu haben glaubte, sich geradezu mit einer Erzählung des Factums an den Richter zu wenden, und sein Gesuch daselbst vorzubringen, sondern er mußte zuerst für den concreten Fall die passende actio auswählen, und seinen Vortrag in die derselben entsprechende Formel einkleiden. Die richtige Auswahl der actio war für den Kläger von großer Bedeutung, weil sie die Grundlage der Verhandlungen in jure bildete, und die dem Judex zu ertheilende Instruction, welche ihrer bekannten Wortfassung nach schon ein hypothetisches Urtheil enthielt, davon abhing. *)

---

*) Daß diese Auswahl besonders in frühern Zeiten vor Erweiterung des Gebietes eigentlich klagbarer Verhältnisse durch die Einführung der actio in factum

Ein Mißgriff hierin hatte nichts Geringeres, als seine Abweisung zur Folge. *)

Es konnte aber auch geschehen, daß in einem Factum die Erfodernisse und Merkmale mehrerer Actionen zusammentrafen, welche in Ansehung ihres Zweckes, der Beweislast, der zu befürchtenden Einreden und verschiedener anderer Umstände wesentlich voneinander abwichen, so daß es also auf die Klugheit des Klägers ankam, von den ihm zur Verfolgung seines Rechtes geöffneten Wegen den zweckmäßigsten zu ergreifen.

Die wirklich gewählte actio mochte sich nun während des Verfahrens als ganz ungeeignet, oder doch im Vergleiche mit andern concurrirenden als die minder vortheilhafte zeigen, so mußte dem Kläger daran gelegen seyn, zu wissen, ob und in

---

oft großen Schwierigkeiten unterliegen mußte, ist begreiflich, wenn man erwägt, mit welcher buchstäblichen Strenge man sich an die überdieß noch so speziell gefaßten Formeln hielt. Für manche Fälle paßte gar keines der vorhandenen Rechtsmittel, wie dieses aus mehreren Stellen des Pandecten-Titels: De praescript. verb. (19. 5.) erhellt.

*) Cic. de invent. II. 19. Ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quintil. instit. orat. VII. 3. Est etiam periculosum, cum, si verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur.

wiefern ihm noch erlaubt sey, — dort zu der dem concreten Falle eigentlich angemessenen, — hier zur vortheilhafteren überzugehen.

§. 2.

An diesem Verhältnisse ist der Sache nach weder durch Abschaffung des Formelwesens im neuern Röm. Rechte, *) noch durch die Vorschrift des canonischen Rechtes, daß nicht so fast auf den Namen der Klage, als auf die vorgebrachten Thatsachen selbst und deren Wahrheit gesehen werden sollte, **) so viel geändert worden, als es scheinen möchte. Der Kläger hat zwar nicht mehr nöthig, sich in seinem Vortrage an gewisse hergebrachte Worte zu halten; auch bringt es ihm keinen Nachtheil, wenn er einer ihrem Inhalte nach richtig gestellten Klage etwa bloß einen verkehrten Namen gegeben, oder die bestimmte Benennung ganz unterlassen hat. Daraus folgt aber keineswegs, daß die Wahl des zu gebrauchenden Rechtsmittels selbst etwas Unnützes und Gleichgültiges sey. Die einzelnen Actionen sind ja nicht etwa bloß deßhalb ersonnen worden, um sogleich für jeden rechtlichen Anspruch einen Namen in Bereitschaft zu haben, sondern sie bestimmen auch die Art und den Umfang der Ansprüche, so wie die Bedingungen, unter welchen ihnen der obrigkeitliche Schutz zugesichert ist. Der Kläger kann

*) l. 1. C. (2. 58.) De formul. etc.

**) c. 6. X. (2. 1.) De judiciis.

sich nicht selbst ein Rechtsmittel schaffen; er muß daher, wenn er sicher und zweckmäßig zu Werke gehen will, zuerst untersuchen, zu welchen Ansprüchen ihn das Gesetz nach den Merkmalen des gegebenen Falles berechtiget, und welcher aus diesen für ihn der nützlichste ist; d. h. er muß eine bestimmte actio wählen. *) Eine wohlgeordnete Klageschrift ist nichts Anderes, als eine in ihre Bestandtheile aufgelöste, gleichsam auf einen concreten Ausdruck gebrachte actio.

Bey dieser nothwendigen Abhängigkeit der innern Einrichtung eines Klaglibells von den Eigenthümlichkeiten des gewählten Rechtsmittels können die nämlichen Mißgriffe geschehen, als wenn die ausdrückliche Benennung derselben vorgeschrieben wäre, und auch die Folgen sind im Grunde die nämlichen. Liegt in dem Factum überhaupt kein rechtlich anerkannter Klagegrund, oder wenigstens kein solcher, durch welchen das gestellte Gesuch gerechtfertigt werden könnte, so erfolgt auch bey uns

---

*) Es wäre sehr zu wünschen, daß diese Auswahl bey Verfassung der Klageschriften sorgfältiger angestellt würde, als es unter dem nichtigen Vorwande, daß wir an die Subtilitäten des Römischen Klage-Systems nicht mehr gebunden seyen, häufig zu geschehen pflegt. Nur dadurch kann die Planlosigkeit in einem Processe, wobey der Kläger oft selbst nicht weiß, wohin er am Ende gerathen werde, vermieden werden.

die Abweisung des Klägers; *) und eben so treffen ihn auch alle Nachtheile einer unklugen Wahl bey einer Concurrenz mehrerer Rechtsmittel. Denn die Behauptung, daß es Sache des Richters sey, in diesem Falle sich nach der für den Kläger nützlichsten Klageart zu richten, ist wenigstens dann gewiß falsch, wenn sich aus dem Inhalte des Libells deutlich ergibt, daß der Kläger bestimmt eine andere gebrauchen wollte. Niemand wird z. B. dem Richter die Befugniß einräumen, ungeachtet der ausdrücklich gestellten rei vindicatio, doch auf Besitz zu erkennen, weil er einsieht, daß der Kläger besser gethan hätte, sich eines possessorischen Rechtsmittels zu bedienen.

Die Frage, ob und unter welchen Bedingungen es erlaubt ist, eine einmal angebrachte Klage abzuändern, hat demnach immer noch ein bedeutendes praktisches Interesse.

§. 3.

Ehe ich jedoch zur Beantwortung derselben übergehe, scheint es mir nothwendig, über den Begriff und die verschiedenen Arten der Klage-Aenderung einige nähere Bestimmungen vorauszuschicken, theils deßhalb, weil nicht alle Arten in Ansehung ihrer Zulässigkeit nach denselben Grundsätzen

---

*) c. 15. X. (2. 1.) De judiciis. J. H. Boehmer jus eccles. prot. l. II. t. 3. §. 6. Mev. Decis. p. VIII. dec. 134.

beurtheilt werden können, theils auch aus Rücksicht auf einen Mißbrauch, wozu gerade die gewöhnliche Lehre von der Klage-Aenderung Veranlassung gegeben hat. Es ist nämlich, wie sich späterhin zeigen wird, dem Kläger in gewissen Fällen gestattet, nach Aufgebung des bisherigen Processes in einem neuerdings zu überreichenden Libelle die ihm nöthig scheinende Abänderung anzubringen. Statt ein neues Libell zu überreichen, um auf solche Art einem geänderten Antrage Eingang zu verschaffen, ändert der Kläger zum Scheine etwas, um unter diesem Vorwande den Proceß, in welchem er vielleicht vorher ein Versehen gemacht hatte, wieder von vorne anfangen und jenes Versehen gut machen zu können. Um dadurch nicht irregeleitet zu werden, ist vor Allem nöthig, zu wissen, was eigentlich als Klage-Aenderung zu betrachten ist, oder nicht.

I. Abschnitt.

Ueber den Begriff und die verschiedenen Arten der Klage-Aenderung.

§. 4.

In dem Römischen Rechte finden wir mit dem Ausdrucke: actionem mutare überhaupt das Uebergehen von einer bestimmten Klageart (genus judi-

eii) zu einer andern bezeichnet, *) ohne Rücksicht darauf, ob dabey auch die historische Grundlage oder der Zweck der frühern Klage eine Veränderung erlitt, oder nicht. **) Auch die Verwechslung der, irgend einem speciellen Geschäfte, woraus man eine bestimmte Summe zu fodern hatte, entsprechenden actio, z. B. mandati, negotiorum gestorum, pro socio, u. dgl., mit der condictio certi wurde als mutatio actionis angesehen, ***) obgleich hier der Unterschied bloß in dem Namen der Klage, und der dabey zu gebrauchenden Formel bestand.

Dieser Begriff kann jedoch jetzt nicht mehr zu Grunde gelegt werden. Denn da bey uns weder der Gebrauch bestimmter Formeln, noch die ausdrückliche Benennung des genus actionis wesentlich ist, so würde offenbar in solchen Fällen zwischen der vorigen und der neuen Klage gar kein Unterschied mehr Statt finden.

---

*) l. 5. D. (44. 2.) De except. rei jud. Cicero pro Caec. 3.

**) l. 5. D. cit. — — Si quis actionem mutat, ... dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis. Vergl. l. 7. §. 4. D. eod. J. Cujac. in oper. T. IX. ad leg. 3. C. De ed. p. 14.

***) l. 5. D. cit. — — — Ut puta, si quis mandati acturus, cum ei aduersarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem — — — — condicat. l. 28. §. 4. 5. 6. D. (12. 2.) De jurejurando.

Dieser Umstand, und überhaupt die größere Freyheit nicht nur hinsichtlich der Einkleidung, sondern auch in Ansehung dessen, was, unbeschadet dem wesentlichen Zwecke, von dem Kläger in das Libell aufgenommen, oder auch hinweggelassen werden kann, macht eine genauere Bestimmung nothwendig, welche Abweichungen von dem ursprünglichen Vortrage eigentlich als Klage-Aenderung anzusehen sind.

§. 5.

Hiebey scheint es mir nun vorzüglich auf folgende Punkte anzukommen:

1) Vor Allem muß die Aenderung einen Bestandtheil treffen, welcher seiner Natur nach nothwendig in das Klaglibell gehörte, nicht etwa bloß aus zufälligen Nebenrücksichten damit verbunden wurde. Es ist daher keine Klage-Aenderung, wenn an den anticipando schon der Klageschrift angehängten Beweisartikeln etwas abgeändert wird — (vorausgesetzt, daß diese Aenderung auf den Klagegrund selbst keinen Einfluß hat) — oder wenn der Kläger, nachdem er sich vielleicht schon in der Geschichts-Erzählung vorläufig auf Zeugen, Urkunden, aussergerichtliche Geständnisse des Beklagten u. dgl. berufen hatte, nachmals von diesen Beweismitteln abweicht. Auch der Fall scheint mir nicht hieher zu gehören, wenn als Vorbereitung eines in der Folge zu führenden künstlichen Beweises schon in der Klageschrift eine Reihe von

Thatsachen erzählt, und späterhin etwas daran abgeändert wird, welche nicht unmittelbar den Klagegrund selbst constituiren, sondern bloß einen Schluß auf das Daseyn des eigentlichen zunächst Klagebegründenden Factums liefern. *) Denn der Beweis durch Präsumtionen gehört eben so wenig nothwendig in das Klaglibell, als die Beweis-Antretung durch Zeugen, Urkunden, u. dgl. — Diese und ähnliche Abweichungen müssen in vorkommenden Fällen vielmehr nach den Regeln über die Aenderung des einmal angetretenen Beweises beurtheilt werden. Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn damit auch die Veränderung eines Hauptbestandtheils der Klage, z. B. des Proceßgesuches, zusammenhängt.

§. 6.

2) Ferner muß wirklich an dem Inhalte der Klage etwas verändert, d. h. an die Stelle ei-

*) z. B. Wenn in einer Satisfactions-Klage wegen ausserehelicher Schwängerung auch verschiedene vorausgehende und nachfolgende Gegenstände erzählt werden, welche das eigentliche Fundament der Klage, nämlich das Factum der Schwängerung selbst, nur wahrscheinlich machen. Es wäre nicht nothwendig, diese Materialien des artificiellen Beweises schon in der Klageschrift vorzutragen, weil durch das Unberührtlassen derselben die Beweisführung durch Präsumtionen doch nicht ausgeschlossen würde.

nes bestimmten Merkmals ein anderes gesetzt werden. Bleibt die vorige Klage ihrem Inhalte nach ganz unverändert, und wird nur ein neues Merkmal hinzugefügt, so ist dieses entweder als ein novum zu beurtheilen, z. B. wenn derjenige, welcher die actio depositi directa angestellt hatte, im Laufe des Processes auch noch den Anfangs nicht vorgebrachten Umstand hinzufügt, daß die Deposition zur Zeit einer dringenden Gefahr geschehen sey; — oder als eine unschickliche Cumulation, wenn nämlich das neuerdings Vorgebrachte als Gegenstand einer eignen, selbstständigen Klage erscheint, z. B. wenn Jemand, der ursprünglich nur ein bestimmtes Darlehen eingeklagt hatte, nachher nebst diesem auch noch ein anderes in dem nämlichen Processe fodern wollte; — oder endlich bloß als ausdrückliche Erklärung dessen, was sich ohnedieß schon verstanden hätte, z. B. das Nebengesuch in Ansehung der Streitkosten, der Zinsen und Früchte.

3) Endlich muß die Aenderung selbst wesentlich, d. h. so beschaffen seyn, daß eine neue Einlassung von Seite des Beklagten nothwendig, oder eine neue Vertheidigung desselben möglich wird. Die hieher gehörigen Fälle lassen sich auf zwey Hauptarten zurückführen, nämlich auf Veränderungen der historischen Grundlage der Klage, oder des Gesuches, wovon nun etwas ausführlicher gehandelt werden soll.

A.

Aenderung des historischen Klagegrundes.

§. 7.

Unter dem Klagegrunde verstehe ich den Inbegriff derjenigen Thatsachen, überhaupt dasjenige Factum, woraus der Kläger seinen Anspruch herleitet. Er macht den wesentlichen Inhalt der Geschichts-Erzählung aus, *) von welcher er also nicht getrennt und als ein eigner Bestandtheil der Klage genannt werden kann, wie dieses wohl zuweilen wegen Verwechslung desselben mit dem Rechtsgrunde der Klage geschieht.

Eine Veränderung desselben ist auf doppelte Art möglich; indem nämlich 1) an die Stelle des vorigen ein der Art nach verschiedenes Fundament gesetzt, z. B. das Anfangs ex testamento gefoderte Objekt nachmals ex contractu in Anspruch genommen wird, **) u. dgl. Hiebey darf man sich

*) Aug. Friedr. Danz's Grundsätze des ord. Proc. umgearbeitet von N. Th. v. Gönner. 4te Ausgabe. Stuttg. 1806. Th. I. §. 66. Not. a.

**) §. 35. I. (4. 6.) De action. l. 18. D. (44. 7.) De O. et A. N. Th. v. Gönner Handbuch des deutsch. gem. Procesſ. I Bd. Abh. 20. §. 5. lit. g.

aber nicht durch eine bloße Veränderung in der Benennung der Klage irre leiten lassen. Denn diese ist nicht einmal immer von dem factischen Grunde, sondern häufig auch von dem Zwecke, *) oder von andern Nebenumständen **) hergenommen. Wenn aber auch wirklich das Erste der Fall ist, so entsteht dadurch doch keineswrgs eine wesentliche Veränderung der Klage selbst. Denn es kömmt nicht auf den Klagegrund an, auf welchen ein bestimmtes genus actionis zurückweist, sondern auf das Factum, welches wirklich in concreto angeführt wird. So lange dieses unverändert bleibt, kann von einer Klage-Aenderung in der gegenwärtigen Beziehung nicht die Rede seyn, gesetzt auch, daß es die zu verschiedenen Rechtsbegriffen erfoderlichen Merkmale an sich trüge, und also, von einer andern Seite aufgefaßt, auch wohl mit einem andern Nahmen bezeichnet werden könnte. So setzt die actio hypothecaria, oder die rei vindicatio, für sich betrachtet, freylich ein anderes Verhältniß voraus, als

---

Ferd. Gotth. Fleck Diss. de discrimine inter mutat. et emend. libelli. Lips. 1790. c. I. §. I et 2.

*) z. B. bey der sogenannten actio recantatoria und actio injur. aestimatoria; — bey der actio furti und condictio furtiva u. dgl.

**) z. B. bey den actionibus adiectitiae qualitatis, wo die Benennung bloß von dem Nebenumstande herrührt, weßwegen die eigentliche Hauptklage auch gegen einen Dritten angestellt werden kann.

die actio personalis ex testamento zur Verfolgung eines Legates; allein, wo jene beyden Rechtsmittel in concreto mit dem letzten zu dem nämlichen Zwecke concurriren, *) beruhen sie auf gleichem Fundamente; und die Vertauschung des Einen mit dem Andern ist demnach eine bloße Nahmens-Aenderung. Dasselbe gilt auch von der actio legis Aquil. in Concurrenz mit speciellen Contracts-Klagen, z. B. depositi, **) locati, ***) pro socio, ****) commodati, *****) u. dgl.

Indeß ist es gerade nicht nothwendig, daß das frühere Fundament der Klage in allen Hauptmerkmalen verändert werde, sondern es reicht hin, wenn auch nur mit einigen wesentlichen Bestandtheilen des Factums diese Veränderung vorgeht, während andere auch in der Basis der neuen Klage wieder vorkommen. Dieser Fall tritt sehr oft dann ein, wenn dem Kläger mehrere, nicht blos dem Nahmen nach, sondern auch in ihren eigenthümlichen Voraussetzungen, verschiedene Rechtsmittel zu Gebote stehen, und er nachmals von einem derselben zu einem andern übergehen will.

So ist es allerdings eine Klage-Aenderung, wenn ein Bestohlener, welcher Anfangs die condi-

---

*) l. 1. C. (6. 43.) Commun. de leg.

**) l. 18. §. 1. D. (13. 6.) Commod. vel contra.

***) l. 43. D. (19. 2.) Locati cond.

****) l. 47. §. 1. l. 48. D. (17. 2.) Pro socio.

*****) l. 7. §. 1. D. (13. 6.) Commod vel contra.

ctio furtiva gegen den Besitzer, den er für den Dieb hielt, angestellt hatte, späterhin zur rei vindicatio übergeht, weil sich etwa der Beklagte ausweisen kann, die Sache im guten Glauben an sich gebracht zu haben; obwohl die Voraussetzung des Eigenthums auch schon in der cond furtiv liegt. *) Hieher gehört auch der Uebergang von der rei vindicatio zur actio Publiciana, welche, ungeachtet der übrigen Abweichungen in den Bedingungen ihrer Anwendbarkeit, doch darin übereinstimmen, daß beyde einen rechtmäßigen Erwerbstitel voraussetzen, und nur gegen den Besitzer der Sache gebraucht werden können; ferner der Uebergang von der actio leg. Aquil. Util. zur actio injur. wegen körperlicher Mißhandlung, welche darin voneinander abweichen, daß zu dem Fundamente der letzten der animus injuriandi gehört, während zur Begründung der ersten auch bloßes Versehen hinreicht; aber, wo sie in concreto zusammentreffen, doch beyde gemeinschaftlich das Factum der Mißhandlung an sich voraussetzen, u. m. dgl.

§. 8.

2) Auch durch bloße Veränderung der historischen Nebenbestimmungen der Handlung, worauf die Klage gebaut ist, kann eine wesentliche Aenderung der Klage selbst bewirkt werden. **) Denn ein

---

*) Denn nur der Eigenthümer kann sie anstellen. l. 1. D. (13. 1.) De cond. furt.

**) v. Gönner's Handbuch. a. a. O. lit. b.

Factum derselben Art kann zu verschiedenen Zeiten, oder an verschiedenen Orten Statt gefunden haben, in welchem Falle es jedesmal eine eigne, selbstständige Klage erzeugt. Wenn z. B. Jemanden dieselbe Injurie mehrmal zugefügt wurde, und er die in der Klageschrift ausdrücklich nur auf das erste Mal gerichtete Zeitangabe späterhin abändert; oder wenn in einer Darlehensklage, welcher die except. Scti. Maced. entgegengesetzt worden war, nachmals die Entstehung der Schuld auf einen spätern Zeitpunkt versetzt wird, da sich der Beklagte nicht mehr in väterlicher Gewalt befand, u. dgl., so liegt unbezweifelt hierin allein schon eine wesentliche Veränderung der ganzen Klage. Denn Litiscontestation sowohl, als Vertheidigung des Beklagten, kann in Beziehung auf die zweite Handlung eine ganz andere Gestalt erhalten. Dabey kömmt es übrigens keineswegs darauf an, daß dasselbe Ereigniß in Wahrheit mehrmal vorgekommen seyn müsse. Wenn auch die anfänglich von dem Kläger gemachte Zeitbestimmung auf einem Irrthume beruht, sich aber aus der Antwort des Beklagten ergibt, daß er die Handlung eben wegen dieser irrigen Bestimmung als eine eigne, von der wirklich vorgekommenen verschiedene, betrachtet, so entsteht durch die Berichtigung unstreitig auch eine neue Klage. *)

---

*) Nach Vorschrift des J. R. A. §. 34. soll zwar der Beklagte in seiner Gegenerinnerung auch anführen, worin das Factum anders, als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte. Allein

Indeß ist dieses freylich nicht immer der Fall, nahmentlich dann nicht, wenn sich aus den Akten ergibt, daß beyde Theile in Ansehung der Identität der Handlung wohl einig sind, und daß der Beklagte sich speciell über dasjenige Factum erklärt hat, welches auch der Kläger eigentlich im Sinne hatte, und vielleicht nur aus einem von dem Beklagten gar nicht wahrgenommenen, oder doch nicht berücksichtigten Irrthume in Ansehung der Zeit oder des Ortes unrichtig bezeichnete. Eben so wenig kann dann von einer Klage-Aenderung die Rede seyn, wenn Anfangs Zeit und Ort gar nicht ausgedrückt, sondern erst später der genauern Bestimmung halber hinzugefügt wurden.

B.

Aenderung des Gesuches.

§. 9.

Diese kömmt nur in so fern besonders in Betracht, als sie nicht ohnehin Folge des veränderten

---

dieses ist doch wohl nur von dem Falle zu verstehen, wenn in einer andern Beschaffenheit des Factums ein Vertheidigungsgrund des Beklagten liegt. Denn dazu kann er wohl nicht verbunden seyn, einen Fehler des Klägers zu seinem Nachtheile in der Litiscontestation zu verbessern.

Klagegrundes ist. Sie kann sich entweder auf das Hauptgesuch oder auf die Proceßbitte beziehen. Eine Aenderung des Hauptgesuches ist auf doppelte Art möglich, indem nämlich

1) entweder der rechtliche Zweck der Klage im Allgemeinen, oder

2) der Gegenstand, worauf jener in concreto gerichtet war, geändert wird.

Ad 1) Eine solche Aenderung kann in denjenigen Fällen vorkommen, wo zwey oder mehrere Rechtsmittel, welche aus demselben Factum entspringen, aber auf verschiedene Zwecke gehen, zusammentreffen, z. B. eine Poenalklage mit einer reipersecutorischen, die actio injur. aestimatoria mit der sogenannten recantatoria, in gewisser Hinsicht auch die actio quanti minoris mit der redhibitoria u. dgl. — Von der Nothwendigkeit einer neuen Litiscontestation kann freylich hier die Rede nicht seyn, weil die factische Grundlage des Streites unverändert bleibt; aber eine neue Vertheidigung des Beklagten wäre allerdings möglich, und zwar insbesondere eine solche, welche ihn von der Verbindlichkeit, sich auf den Streit einzulassen, ganz befreyen könnte. Denn der Veränderung des Gesuches liegt immer die Anwendung eines andern genus actionis zu Grunde, aus dessen Eigenthümlichkeiten, z. B. in Ansehung der Verjährung, des activen und passiven Ueberganges auf die Erben, u. dgl., der Beklagte neue, allenfalls auch Proceßhindernde, Einreden hernehmen könnte.

Ad 2) Daß die Aenderung des Gegenstandes, worauf die Klage in concreto gerichtet war, zu den wesentlichen Aenderungen gehört, ist von selbst klar. *) Selbst wenn der Klagegrund an sich völlig unverändert bleibt, erscheint doch auch dieser durch die Beziehung auf ein anderes Objekt in so fern als neu, als die Antwort des Beklagten darauf nun ganz anders ausfallen kann, als vorher. Wenn der Kläger, welcher zuerst das Grundstück A als sein Eigenthum in Anspruch genommen hatte, nachher das Grundstück B fodert, so ist es möglich, daß nun der Beklagte diejenigen Thatumstände einräumet, welchen er früher widersprochen hat; — oder auch, daß ihm eben in dieser Beziehung noch neue Einreden zu Gebote stehen, deren Gebrauch durch den Anspruch auf A nicht begründet war.

Uebrigens kömmt auch hier der Umstand, daß etwa die Aenderung bloß durch einen Irrthum des Klägers in der ursprünglichen Bezeichnung des Gegenstandes veranlaßt wird, eben so wenig in Betracht, als bey einer irrigen Zeit- oder Ortsbestimmung; und die Bemerkung, welche in dieser Hinsicht bereits oben (§. 8.) gemacht wurde, findet auch hier Anwendung.

Durch den bloßen Uebergang zu einer andern Proceßart wird freylich an dem wesentlichen Inhalte der Klage gar nichts geändert; allein da von der-

---

*) Ex §. 35. I. (4. 6.) De act.

selben die Art und der Umfang der Vertheidigungs-mittel abhängt, welche von Seite des Beklagten jedesmal als zulässig erscheinen, so ist nicht zu bezweifeln, daß auch eine Abweichung des Klägers in dieser Beziehung den wesentlichen Aenderungen beyzuzählen ist. *)

§. 10.

Faßt man das bisher Gesagte zusammen, so ergibt sich, daß im Allgemeinen eine Klage-Aenderung vorhanden ist, so oft an die Stelle eines seiner Beschaffenheit nach in den Vortrag der Klage gehörigen, wesentlichen Merkmales ein anderes ge-

---

*) v. Gönner's Handb. a. a. O. §. 5. l. b. A. M. ist A. D. Weber in den Anmerk. zu J. L. Schmidt's Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. Jena, 1798. §. 114. not. e.), wo ausser dem Abgange von dem vorigen Gerichtsstande, der Entsagung des Streites und der Veränderung des Beweises, auch die Abweichung von der Proceßart von der eigentlichen Klage-Aenderung unterschieden wird. Allein da eines Theils die Wahl derselben immer schon in der Klage selbst enthalten seyn muß, die Proceßbitte also eben so gut als ein Hauptbestandtheil des Libells erscheint, wie das Gesuch in der Hauptsache, und andern Theils bey der Beurtheilung ihrer Zulässigkeit die nämlichen Grundsätze zur Anwendung kommen, wie bey manchen andern unbestrittenen Arten der Klage-Aenderung, so läßt es sich, wie ich glaube, wohl rechtfertigen, daß sie auch hieher gerechnet wurde.

setzt wird. *) Dadurch bestimmt sich der Begriff einer bloßen Verbesserung des Libells (emendatio libelli) von selbst, welche alle ausserwesentlichen Berichtigungen und Zusätze umfaßt, die weder die rechtliche Nothwendigkeit einer neuen Litiscontestation, noch einer neuen Vertheidigung des Beklagten

---

*) Kürzer läßt sich auch sagen, so oft der Grund oder das Gesuch der ursprünglichen Klage geändert wird; nur müssen diese beyden Hauptbestandtheile in der vorhin angegebenen Ausdehnung verstanden werden. In neuern Zeiten sind wohl auch Veränderungen in den Subjekten des Rechtsstreites in den Begriff der Klage-Aenderung aufgenommen worden. Allein bey diesen läßt sich doch nicht sagen, daß der Angriff seiner innern Beschaffenheit nach, sondern nur, daß die Richtung desselben geändert werde. Richter, Kläger und Beklagter sind freylich in so fern wesentlich, als überhaupt ohne dieselben gar keine Klage in concreto gedacht werden kann; aber die Klage an sich, als specielles Rechtsmittel, bleibt doch ihrem Grunde und Zwecke nach dieselbe, sie mag bey diesem oder jenem Richter, gegen diese oder jene Person angestellt werden. Auch ist die Frage über die Zulässigkeit solcher Aenderungen meistentheils in den Fällen, wo sie ein besonderes Interesse hat, z. B. wenn der Kläger seinen Anspruch gegen einen andern Bürgen oder correus debendi, als den ursprünglich Belangten, richten will, nach den speciellen Grundsätzen solcher Verhältnisse, nicht nach den allgemeinen Regeln der Klage-Aenderung zu beurtheilen.

veranlassen. *) Eine Aufzählung aller einzelnen hieher gehörigen Fälle ist übrigens, nachdem einmal der Begriff der Klage-Aenderung festgesetzt ist, weder nothwendig, noch auch thunlich. Letzteres schon darum nicht, weil die Beurtheilung, in wie fern ein bestimmtes einzelnes Merkmal als wesentlich oder zufällig zu betrachten ist, sehr oft von der individuellen Beschaffenheit des Rechtsstreites abhängt. — Die bloße Erläuterung der Klage (declaratio libelli) ist gewisser Massen gerade das Entgegengesetzte der Klage-Aenderung; denn, während diese eine wesentliche Abweichung von dem früheren Antrage voraussetzt, besteht jene vielmehr in einer bestimmteren Bezeichnung dessen, was der Kläger Anfangs etwa nur zu unvollständig oder undeutlich ausgedrückt hatte.

---

*) v. Gönner's Handb. a. a. O. §. 6. Aeltere Juristen haben die Verbesserung der Klage bloß auf ein Vermehren oder Vermindern des gefoderten Gegenstandes beschränkt; allein diese Beschränkung beruht nur auf einer willkürlichen Verbindung des Ausdruckes: emendari in der l. 3. C. De ed. mit den §§. 33 und 34. I. (4. 6.).

II. Abschnitt.

Ueber die Zulässigkeit der Klage-Aenderung.

§. 11.

Die Frage über die Zulässigkeit der Klage-Aenderung kann auf doppelte Weise verstanden werden, entweder nämlich so, ob es dem Kläger erlaubt sey, in demselben Verfahren ein wesentliches Merkmal seiner Klage abzuändern, oder, in wie fern es überhaupt, abgesehen von der Beybehaltung des nämlichen Verfahrens, gestattet sey, von irgend einer bestimmten Klage zu einer andern überzugehen. Es leuchtet von selbst ein, daß die Frage in dieser doppelten Beziehung nicht nach denselben Grundsätzen beantwortet werden kann. In dem zuerst angeführten Sinne kömmt es dabey ausschließend auf die allgemeinen formellen Principien des Processes an; in dem letztern entscheidet zunächst das materielle Verhältniß der in Frage stehenden Klagen zueinander. Es ist daher nothwendig, die Frage auch nach diesen verschiedenen Gesichtspunkten getrennt zu behandeln.

I.

Darf der Kläger in demselben Verfahren seine ursprünglich gestellte ~~Frage~~ abändern? Klage

Eine ausdrückliche Entscheidung hierüber findet sich weder in dem canonischen Rechte, noch in den Reichsgesetzen. Nur das Römische Recht enthält einige unmittelbar auf diese Frage Bezug habende Bestimmungen. Fast möchte man aber glauben, daß es besser um die ganze Lehre stünde, wenn die Sache auch im Römischen Rechte unberührt geblieben wäre. Denn die Ableitung derselben aus den allgemeinen Grundsätzen unseres heutigen gerichtlichen Verfahrens würde zuverlässig nicht so viele Controversen veranlaßt, und zu einem so unsichern Resultate geführt haben, als die wiederholten Versuche, die hieher gehörigen Stellen unter sich und mit den Eigenthümlichkeiten unseres Processes in Einklang zu bringen. Da wir jedoch nicht berechtigt sind, ausdrückliche Vorschriften ohne nähere Prüfung als unanwendbar zu erklären, oder mit Stillschweigen zu umgehen, so darf auch hier eine genauere Erörterung dessen nicht fehlen, was sich über diesen Gegenstand verordnet findet.

§. 12.

Beantwortung der Frage nach älterem Römischen Rechte.

Es ist bekannt, daß nach älterem Römischen Rechte bey jedem ordentlichen Rechtsstreite ein dop-

peltes Verfahren Statt fand; zuerst nämlich vor dem Prätor (in jure), und dann erst vor dem judex (in judicio). Das Recht, eine actio, d. h. die Befugniß der gerichtlichen Verfolgung eines Anspruches *) zu ertheilen, kam nur dem Prätor zu. **) Daher mußte sich der Kläger immer zuerst an diesen wenden, um zu bewirken, daß ein judex ernannt und demselben die seiner Klage angemessene Instruction ertheilt wurde. Bey Gelegenheit der in jure vorkommenden Verhandlungen mochte es sich wohl gewöhnlich entdeckt haben, wenn etwa von dem Kläger ein unpassendes Rechtsmittel gewählt worden war; denn einerseits muß man annehmen, daß sich der Prätor selbst, ehe er die postulirte actio wirklich ertheilte, den Fall vortragen ließ, um darnach zu beurtheilen, ob die Klage darauf passe; ***) andererseits wird auch der Beklagte nicht versäumt haben, seine Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der angestellten Klage anzubringen, um eine Denegatio actionis zu bewirken und sich also von den

---

*) l. 51. D. (44. 7.) De O. et A. pr. I. (4. 6.) De action.

**) Er sagt immer in dem Edicte von sich: judicium, actionem dabo. l. 3. pr. D. (47. 12.) De sepulcro viol. l. 1. pr. D. (43. 16.) De vi et vi armata. l. 1. pr. D. (43. 18.) De superfic. l. 1. pr. D. (43. 17.) Uti possid. l. 1. pr. l. 10. pr. D. (42. 8.) Quae in fraud. cred.

***) So finden wir öfter: causa cognita actionem dabo. l. 1. pr. D. (43. 18.) De superf.

den Ansprüchen des Klägers zu befreyen, ehe noch die Sache vor den judex kam. *) Wahrscheinlich kam also die Frage über die Zulässigkeit der Klage-Aenderung auch schon viel häufiger während der Verhandlungen vor dem Prätor, also noch vor der Litiscontestation, **) zur Sprache, und daß es in diesem Falle keinem Bedenken unterlag, von der ursprünglich edirten actio zu einer andern überzugehen, wissen wir aus einer Constitution von Sever und Antonin. ***) Nur durfte freylich nicht etwa eine ganz willkürliche Veränderung gemacht werden,

---

*) Cic. in part. c. 28. — Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum, aut sitne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisve verbis sit actio quaeritur. — Quintil. inst. orat. 3. 8. — In omnibus fere causis, in quibus cecidisse quis formula dicitur, hae sunt quaestiones, an huic, an cum hoc, an hac lege, an apud hunc, an hoc tempore liceat agere. — Senec. ep. 41. — Quid autem aliud agitis, quam ut formula cecidisse videatur?

**) Denn diese geschah, wie es wenigstens viel wahrscheinlicher ist, erst vor dem judex. K. L. Goldschmidt über Litiscontest. und Einred. Frankfurt. 1812.

***) l. 3. C. (2. 1.) De edendo. — Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam mutari vel emendari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit aequitas.

sondern die actio; welche der Kläger an die Stelle der vorigen setzen wollte, mußte entweder auch ausdrücklich in dem Edicte enthalten seyn, oder, wenn von den allgemeinen Klageformeln keine ganz buchstäblich auf den concreten Fall paßte, mußten wenigstens Gründe der Billigkeit vorhanden seyn, welche den Prätor zu einer Abweichung bestimmen konnten.

So scheinen mir wenigstens die Schlußworte: prout edicti perpetui etc. ungezwungener verstanden werden zu können, als nach den gewöhnlichen Auslegungen, zufolge welchen sich dieselben nicht auf die Art, sondern auf die formellen Bedingungen der Klage-Aenderung beziehen sollen. Es wird sich noch später Gelegenheit ergeben, das Unwahrscheinliche dieser Auslegungen ausführlicher zu zeigen. *)

§. 13.

Indeß konnte es doch auch geschehen, daß der Kläger seinen Mißgriff in Ansehung der gewählten Klage erst gewahr wurde, nachdem bereits die wirkliche Verhandlung des Rechtsstreites vor dem judex durch die beyderseitige Litiscontestation ihren Anfang genommen hatte. **) Daß auch in diesem

---

*) s. unten §. 14 und 15.

**) An dem oben §. 12. not. 4. angeführten Orte fährt Cicero fort: Quae etiamsi antequam res in judicium venit, aut concertata aut dijudicata,

Falle der Uebergang zu einer andern actio nicht absolut unerlaubt war, beweist eine Stelle aus Cicero. *) Denn wie hätte diesem sonst ein Recuperator noch dazu rathen können? Auch erinnert er gegen diesen Rath keineswegs, daß er ihn ja nicht mehr befolgen könne, sondern sagt vielmehr, daß er es gerne thun würde, wenn er eines der ihm vorgeschlagenen Rechtsmittel der Sache angemessener fände, als das von ihm gebrauchte Interdict. **)

---

aut confecta non sunt, tamen in ipsis judiciis permagnum saepe habent pondus, cum ita dicitur: plus petiisti, sero petiisti, non fuit tua petitio, non a me, non hac lege etc.

*) Cic. pro Caec. 3. At si quis mihi hoc judex recuperatorve dicat: Potuisti enim leviore accusatione confligere; potuisti ad jus tuum faciliore et commodiore jure pervenire; quare aut muta actionem, aut noli mihi instare, ut judicem: tamen is aut timidior videatur, quam fortem, aut cupidior, quam sapientem judicem esse aequum est, si aut mihi praescribat, quemadmodum meum jus persequar, aut ipse id, quod ad se delatum sit non audeat judicare. Etenim si praetor is, qui judicia dat, numquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit, videte, quam iniquum sit, constituta jam re, judicem, quid agi potuerit, aut quid possit, non, quid actum sit, quaerere.

**) — — — — Verumtamen nimiae vestrae benignitati pareremus, si alia ratione jus nostrum recuperare possemus.

Ausserdem haben wir auch noch ein Fragment von Papinian, *) worin ausdrücklich pendente judicio, also gleichfalls nach der Litiscontestation der Uebergang von der rei vindicatio zu dem interdictum unde vi gestattet wird.

Die Frage ist also nur: Durfte die Aenderung in eodem judicio geschehen oder nicht? — Mir ist aus folgenden Gründen das letzte wahrscheinlicher:

1) In der oben angeführten l. 3. C. De edendo, oder vielmehr in der l. un. C (3. 9.) De litis contest., mit welcher jene ursprünglich eine Constitution ausmachte **), wird die eingeräumte Frey-

6

*) l. 18. §. 1. D. (43. 18.) De vi et vi arm. Eum, qui fundum vindicauit ab eo, cum quo interdicto vnde vi potuit experiri, pendente judicio, nihilominus interdicto recte agere placuit.

**) Beyde Stellen lanten im Zusammenhange so: Edita actio ſpeciem futurae litis demonſtrat, quam mutari, vel emendari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit aequitas. (Nam) res in judicium deducta non videtur, ſi tantum poſtulatio ſimplex celebrata ſit, vel actionis ſpecies ante judicium reo cognita. Inter litem enim conteſtatam et editam actionem permultum intereſt. Lis enim tunc conteſtata videtur, cum judex per narrationem negotii cauſam audire coeperit. K. L. Goldschmidt (in der angef. Abh. über L. C. und Einr. S. 14. Not. 1.) hat zuerst die beyden

heit der Klage = Aenderung dadurch gerechtfertigt, daß ja, so lange es noch nicht weiter, als zur editio oder postulatio actionis gekommen sey, die Sache noch nicht als in judicium deducta erscheine. Dieses Motiv hätte offenbar keinen Sinn, wenn auch in ipso judicio noch eine Aenderung hätte Statt finden dürfen.

Aber auch selbst dann, wenn die l. 3. C. De edendo ursprünglich nicht ein Bestandtheil der l. un. De L. C gewesen wäre, — was doch wegen der Uebereinstimmung der Ueber = und Unterschrift und wegen des innern Zusammenhanges weit mehr Wahrscheinlichkeit für, als wegen der durch einen Schreibverstoß leicht erklärbaren Abweichung in dem Datum gegen sich hat, — so würde doch die erste Stelle für sich schon zur Bestätigung der hier aufgestellten Meinung hinreichen. Denn nur die Aenderung der actio edita, quae speciem futurae litis demonstrat, ist darin erlaubt. Dieser Beysatz paßt aber auf die Klage nicht mehr, welche bereits vor den Richter gebracht ist, denn hier ist lis nicht mehr futura sondern praesens.

2) Bey der Abhängigkeit der dem judex zu ertheilenden Instruction von der eigenthümlichen Beschaffenheit der edirten actio läßt sich nicht wohl

---

Constitutionen so gestellt. Früher wurde immer die l. un. der l. 3. vorangesetzt. G. Noodt De jurisd. et imp. l. 1. c. 13. und ad l. 2. tit. 13. D. De edendo. F. G. Fleck in diss. cit. p. 20.

eine Aenderung der letzten ohne Einfluß auf die erste denken. Auf jeden Fall ist nicht abzusehen, was der Kläger dabey für ein Interesse hätte haben können, zu einem andern Rechtsmittel überzugehen, wenn er nicht dadurch eine für ihn vortheilhaftere Instruction in Ansehung des zu erreichenden Zweckes oder der Begründung seines Anspruches zu bewirken hoffen konnte. Hätte er nun in judicio noch seine ursprüngliche Klage ändern dürfen, so hätte auch dem judex das Recht zustehen müssen, von der ihm ertheilten und mit der ersten Klage zusammenhängenden Anweisung des Prätors abzuweichen und sich nach der Beschaffenheit der geänderten Klage selbst eine neue Instruction zu bilden. Daß er aber dazu nicht befugt war, ergibt sich nicht nur überhaupt schon aus der Natur der ganzen Einrichtung, — denn wozu eine bestimmte Vorschrift für den judex, wenn dieser doch nicht daran gebunden war? — sondern auch aus mehreren ausdrücklichen Stellen. *)

3) Aus dem §. 34. I. (4. 6.) De action. ergibt sich, daß der judex in frühern Zeiten nicht einmal befugt war, wenn sich allenfalls zeigte, daß der Kläger zu wenig verlangt hatte, den Beklagten auch zur Entrichtung des schuldigen Mehrbetrages zu verurtheilen. Erst durch eine Constitution des Kaisers Zeno wurde diese Beschränkung aufgehoben.

---

*) l. 23. D. (5. 1.) De judiciis. l. 18. D. (10. 3.) Communi divid. l. 14. §. 4. D. (39. 3.) De aq. et aq. pluv. arc.

Um wie viel weniger läßt sich daher annehmen, daß er über eine ganz andere Klage, als worauf die ihm ertheilte Instruction lautete, hätte erkennen dürfen?

§. 14.

Aus diesen Gründen glaube ich, daß, wenn der Uebergang von irgend einer bestimmten Klage zu einer andern nicht an sich schon unstatthaft war, derselbe doch auf keinen Fall anders geschehen konnte, als so, daß der Kläger durch eine neue Edition und Postulation die Anordnung eines andern Judiciums bewirkte. Dabey versteht sich übrigens von selbst, daß der Beklagte für die ihm durch den bisherigen Streit verursachten Unkösten Entschädigung verlangen konnte, *) ohne daß es nöthig ist, durch eine erzwungene Interpretation die l. 3. C. De edendo darauf zu beziehen. Man hat nämlich darzuthun gesucht, daß in dieser Stelle mit den Worten: prout edicti perpetui monet auctoritas die Verbindlichkeit des Klägers zu einer neuen Edition; mit den Worten: vel jus reddentis decernit aequitas aber seine Verbindlichkeit zum Kostenersatze gemeint sey. **) Allein

1) es ist kein Grund vorhanden, die auctoritas edicti perpetui, von welcher ganz allgemein ge-

---

*) l. 79. D. (5. 1.) De judiciis.

**) Am scharfsinnigsten ist diese Meinung ausgeführt worden von H. Donellus in Comment. ad tit. C. De edendo. Nro. 13 = 14.

sprochen wird, gerade auf die einzelne Vorschrift desselben, deren im Fr. 1. D. De edendo Erwähnung geschieht, zu beziehen, wie man dieses wirklich thut, um das Erfoderniß einer neuen Edition herauszubringen.

2) Was aber den zweyten Satz betrifft, so hätten sich die Verfasser der Constitution ohne Zweifel bestimmterer Ausdrücke bedient, wenn sie die Verbindlichkeit des Beklagten zur Kostenvergütung hätten bezeichnen wollen. Die Worte sind aber so allgemein, daß es fürwahr rein willkürlich ist, sie gerade in dem angegebenen Sinne zu verstehen.

3) Am meisten Mißtrauen gegen die Richtigkeit dieser Auslegung möchte aber wohl der Umstand erregen, daß ihre Vertheidiger auch noch zu einer Emendation Zuflucht nehmen müssen. Da nämlich weder die neue Edition der Klage, noch die Entschädigung des Beklagten für sich allein hinreicht, sondern beyde Bedingungen zugleich erfüllt werden müssen, so sind sie genöthiget, statt der trennenden Partikel: „vel“ die verbindende „et“ zu lesen. Zwar läßt sich nicht läugnen, daß ähnliche Verwechslungen wohl an manchen Orten des C. F. vorkommen. Aber dieses an sich schon schwankende Argument kann vollends hier, neben den übrigen Unwahrscheinlichkeitsgründen, kein entscheidendes Gewicht haben.

§. 15.

Auch kann ich damit nicht übereinstimmen, daß eine Klage-Aenderung nach der Litiscontestation schlechterdings nicht mehr anders habe Statt finden können, als nach vorher erlangter Restitutio in integrum. *)

Zu dieser Behauptung hat ebenfalls die l. 3. C. De edendo Veranlassung gegeben. Ausserdem beruft man sich zur Unterstützung derselben auch wohl noch auf den §. 33. I. (4. 6.) De action., auf einige Stellen aus Classikern, **) und endlich auf l. 4. §. fin. D. (14. 5.) Quod cum eo etc. ***)

Bey dem Beweise, welchen man aus der l. 3. cit. zu führen sucht, bezieht man gewöhnlich den ersten Theil des Schlußsatzes: „prout edicti etc.“ auf den Fall der Klage-Aenderung vor, und den zweyten Theil: „vel jus reddentis decernit

---

*) J. Cujac. in oper. Tom. IX. ad l. 3. C. De edendo. — G. Noodt De jurisd. et imp. l. I. c. 13. — F. G. Fleck in diss. cit. §. 7.

**) Sueton. in Claud. c. 14. — Nam et iis, qui apud privatos judices plus petendo formula cecidissent, restituit actiones. — Senec. ep. 41.

***) — Is, qui de peculio egit, cum posset, quod jussu, in ea causa est, ne possit: quod jussu postea agere. Sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus, succurrendum ei, quae sententia habet rationem.

aequitas — " nach der Litiscontestation, *) und versteht unter den letzten Worten die R. i. i. Allein eines Theils herrscht in dieser Hinsicht keineswegs ein so bestimmter Sprachgebrauch, daß sich überall, wo von der aequitas praetoris die Rede ist, annehmen ließe, es sey damit die R. i. i. gemeint; andern Theils aber handelt ja die ganze Stelle nur von der Litiscontestation, wie dieß früher schon gezeigt worden ist. Es müssen daher auch beyde Glieder des alternativen Beysatzes nur auf diese Voraussetzung angewandt werden, und man kann nicht eines derselben auf einen Fall beziehen, der nicht nur in der Stelle selbst nicht berührt, sondern vielmehr, wie der Zusammenhang lehrt, ganz ausgeschlossen ist.

Was den § 33. I. l. c. betrifft, so kann derselbe hier deßhalb nichts beweisen, weil er von der plus petitio, und nicht von der mutatio actionis handelt. Wer mehr foderte, als ihm gebührte, verlor nach älterem Rechte zur Strafe auch sein Klagerecht auf den wirklich schuldigen Betrag, und mußte daher gleichwohl, wenn er seinen Anspruch doch noch verfolgen wollte, durch die R. i. i. sein verlorenes Klagerecht wieder zu erhalten suchen; — aber nirgends findet sich diese Strafe auch gegen denjenigen angeordnet, der sich zur Verfolgung dessen, was ihm wirklich gebührte, nur eines

*) Cujac. loc. cit. liest daher auch: „decernet“ statt: „decernit.“

unpassenden Rechtsmittels bedient hatte. *) Die Abweisung in diesem Falle kann nicht als ein Verlust der Hauptsache selbst, sondern nur als das angesehen werden, was wir eine Abweisung „angebrachter Massen" nennen. Derselbe Grund der Unanwendbarkeit gilt denn auch von den Stellen aus den angeführten Classikern.

Die l. 4. §. f. D. (14. 5.) endlich spricht freylich unstreitig von dem Falle einer Klage-Aenderung, und eben so wenig läßt sich in Zweifel ziehen, daß mit dem Ausdrucke: „succurrendum ei" die R. i. i gemeint ist. Allein der Grund hievon liegt offenbar nur in dem eigenthümlichen Verhältnisse der beyden Actionen zueinander, von welchen hier die Rede ist, und nicht etwa in einer allgemeinen Vorschrift über das gerichtliche Verfahren. Sobald das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß durch die Anstellung einer mit einer andern concurrirenden Klage die letzte erlöschen soll, ist freylich ein Uebergang zu dieser ohne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht mehr möglich. Allein dieses streng elective Verhältniß ist ja nicht jedesmal vorhanden, sondern erscheint vielmehr nur als Ausnahme. **)

---

*) I. Voet. Comment. ad Pand. l. II. tit. 13. §. 9.

**) Die genauere Erörterung dieser Ausnahmsfälle gehört nicht hieher, wo nicht die Frage zu beantworten ist, unter welchen Voraussetzungen in materieller Hinsicht der Uebergang von einer bestimmten, einzelnen Klage zu einer andern erlaubt

§. 16.

Unter denjenigen Gründen, womit die der hier aufgestellten gerade entgegengesetzte Meinung unterstützt wird, — nämlich, daß die Klage-Aenderung selbst in eodem judicio habe geschehen dürfen, ist eigentlich nur einer, der erheblichere Schwierigkeit verursachen möchte, und welcher daher nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf; nämlich l. 4. §. 3. D. (9. 4.) De noxal. action. *)

---

ist, sondern nur, ob, wenn von dieser Seite kein Hinderniß im Wege steht, dann die Aenderung in demselben Verfahren geschehen dürfe, oder nicht.

*) Si, detracta noxae deditione, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta et finito judicio, amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei judicatae summovebitur, quia res in superius judicium deducta et finita est. Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque, si cum eo, qui scit, cum noxae deditione actum sit; amplius in dominum, detracta noxae deditione, danda actio non est. In ipso autem judicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus. — Ausserdem hat man wohl auch obige Stelle aus Cicero pro Caec. zur Bestätigung dieser Ansicht angeführt; (I. Voet. Comment. ad Pand. l. II. t. 13. §. 9.) allein diese kann of-

Es ist gar nicht zu bestreiten, daß in dieser Stelle die Beybehaltung des nämlichen Verfahrens vor dem judex gemeint ist. Denn der Ausdruck: „in ipso judicio" gestattet durchaus nicht, ihr etwa bloß den Sinn unterzulegen, so lange nur nicht entschieden wäre, dürfe der Kläger noch immer zu der andern Klage übergehen, in welchem Falle sich freylich die Voraussetzung einer neuen postulatio wohl hinzudenken ließe. Sie sagt offenbar mehr, als dieses; nicht bloß, daß ante finitum judicium, sondern auch in ipso judicio die Aenderung geschehen dürfe. Allein, dieses auch zugegeben, entscheidet diese Stelle doch nicht. Denn sie handelt gar nicht von dem Falle einer Klage = Aenderung. Es wird nämlich gesagt, daß der durch den Sklaven eines Andern Verletzte, welcher Anfangs direct gegen den dominus servi Klage gestellt habe, weil dieser das Delict hätte hindern können und doch nicht hinderte, während des Processes allerdings noch zur causa noxalis übergehen dürfe, und umgekehrt. Nun waren ja aber die actio noxalis und actio in solidum gegen den Herrn nicht zwey verschiedene selbstständige Hauptklagen, sondern nur verschiedene

---

fenbar eben so gut auch so verstanden werden, daß in Ansehung der geänderten Klage ein neues judicium eröffnet werden mußte. Nur so viel ist daraus gewiß, daß eine Klage = Aenderung nach der Litiscontestation nicht schlechterdings unzulässig war; daß sie aber in demselben Verfahren hätte geschehen dürfen, davon enthält sie nichts.

Beziehungen einer und derselben Hauptklage. *) Ich setze den Fall: ein Sklave des A soll einen Sklaven des B getödtet haben. Hier war die Hauptklage, deren sich B gegen A bedienen mußte, auf jeden Fall die actio ex lege Aquilia, **) der Beklagte mochte der Mitwissenschaft beschuldigt werden oder nicht. ***) Dieser Unterschied äusserte sich nur dadurch, daß der der Mitwissenschaft überwiesene Herr den Vortheil der noxae datio verlor, welcher ihm ausserdem zugestanden hätte. ****) Weil aber die noxae datio nur in solutione, nicht in obligatione war, *****) so blieb doch dabey die Intention des Klägers, und, principaliter wenigstens, auch die Condemnatio ******) unverändert, nämlich immerhin auf den Schadensersatz (litis aestimatio) gerichtet.

Zwar fügte der Prätor bey einer causa noxalis in der Instruction für den judex gewöhnlich

---

*) I. Voet. Comm. ad Pand. lib. IX. tit. 4. §. 4.

**) l. 27. pr. et §. 3. D. (9. 2.) Ad leg. Aquil.

***) In diesem letzten Falle nahm sie zwar die Eigenschaft einer Actio noxalis an: §. 4. I. (4. 8.) De nox. act., allein dies änderte in ihrem Wesen nichts.

****) l. 1. D. (9. 4.) De nox. act. pr. I. (4. 8.) Eod. l. 2. in fin. C. (3. 41.) Eod.

*****) l. 6. §. 1. D. (42. 1.) De re jud.

******) l. 6. §. 1. D. c. l. Judicium solius noxae dationis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur.

bey: aut noxam dedere, *) welcher Beysatz freylich dann in der Formel fehlen mußte, wenn der Beschädigte ursprünglich nicht servi nomine, sondern gegen den Herrn in solidum Klage gestellt hatte, und erst in judicio zur causa noxalis überging; allein dadurch war der Beklagte nicht gefährdet, weil er die Wohlthat der n. d. unmittelbar durch das Gesetz schon genoß, **) also sich auch dann darauf berufen konnte, wenn auch der Richter nicht ausdrücklich in dem Urtheile davon Meldung gethan hätte.

§. 17.

Nach neuerem Römischen Rechte.

Der Hauptgrund, warum nach älterem Römischen Rechte eine Veränderung der Klage in eodem judicio nicht Statt finden konnte, war, wie sich aus der bisherigen Darstellung ergibt, die Trennung des Verfahrens vor dem Prätor, und dem judex, und die Beschränkung des Letztern auf die ihm von jenem ertheilte Instruction. Allein diese Art des Verfahrens verschwand allmählig. Schon die Kaiser Diocletian und Maximinian wiesen die Praesides in den Provinzen an, auch ausser den ihnen von jeher vorbehaltenen Fällen,

---

*) l. 1. in fin. pr. D. (9. 3.) De his, qui effud. vel dejec.

**) l. 6. §. 1. D. (42. 1.) De re jud. — facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. — — — Noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.

ohne weitere Ernennung eines judex selbst zu entscheiden, wenn sie nicht durch großen Geschäfts-Drang verhindert würden; *) in unbedeutenden Rechts-Angelegenheiten aber brauchte man sich gar nicht mehr vorher an den Praeses zu wenden, sondern konnte die Klage geradezu bey den ein- für allemahl dafür aufgestellten Richtern anbringen. **)

Auf solche Art wurden immer mehrere Processe vom Anfange bis zu Ende vor einer und derselben Person verhandelt und entschieden, wobey natürlich eine Instruction gar nicht vorkommen konnte. ***) In denjenigen Fällen aber, wo wirklich noch judices ernannt wurden, hörte, wenn nicht früher, ****) doch gewiß durch die ausdrückliche Abschaffung der except. non impetratae actionis unter Theodos und Valentinian die strenge Abhängigkeit der Ent-

---

*) l. 2. C. (3. 3.) De ped. jud.

**) Zufolge einer Constitution von K. Julian. l. ult. C. (3. 3.) De ped. jud.

***) Daß bey judiciis extraordinariis eine conceptio formularum nicht nöthig war, beweißt l. 47. §. 1. D. (3. 5.) De neg. gest.

****) Es ist nicht unwahrscheinlich, daß schon nach obiger Constitution von Diocletian und Maximinian die von dem Praeses im eignen Verhinderungsfalle ernannten judices die Eigenschaft delegirter Richter annahmen, folglich nicht mehr auf eine bestimmte Instruction beschränkt waren. K. L. Goldschmidt a. a. O. S. 22. Not. 2.

Entscheidung von einer bestimmten Formel auf. *) Unter Justinian endlich waren alle judicia in Ansehung des ungetheilten Verfahrens das geworden, was früher nur die judicia extraordinaria waren. **)

§. 18.

Nach diesen Veränderungen kann die Bestimmung Justinian's in dem §. 35. I. (4. 6.) De act. ***) nicht mehr auffallend erscheinen. Es läßt sich nicht bezweifeln, daß der Sinn dieser Stelle dahin geht, die Klage-Aenderung dürfe in dem nämlichen Verfahren, d. h. in derselben formell zusammenhängenden Reihe der über die ursprüngliche Klage eröffneten Verhandlungen geschehen, so sehr man auch Anstoß gefunden hat, die Worte in

---

*) G. Noodt De jurisd. et imp. l. I. c. 15. l. un. C. Th. (2. 3.) De omiss. act. impetr. l. 2. C. (2. 58.) De formul. et impetr.

**) pr. I. (3. 13.) De success. subl. etc. §. ult. I. (4. 15.) De interdict. — — — Nam quotiens extra ordinem jus dicitur, (qualia sunt hodie omnia judicia) etc.

***) Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet; sed in eodem judicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittitur; veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

diesem, wiewohl ihrem natürlichsten, Sinne zu verstehen.

Man glaubte nämlich, eine so wesentliche Veränderung mitten im Laufe des Processes hätte theils eine Verkürzung des Beklagten in seinem Vertheidigungs-Rechte, theils auch eine Verwirrung des Rechtsstreites in formeller Hinsicht unvermeidlich zur Folge haben müssen. Um nun diese Schwierigkeit zu beiseitigen, suchte man sich damit zu helfen, daß man die Worte: „in eodem judicio" bloß als gleichbedeutend mit: „coram eodem judice" und also die ganze Stelle ohngefähr auf folgende Art erklärte:

Justinian habe keineswegs dem Kläger die Freyheit einräumen wollen, eine Aenderung der angegebenen Art in dem nämlichen Streitverfahren vorzunehmen. Die geänderte Klage habe immerhin neuerdings edirt, und sohin auch formell ein neuer Proceß eingeleitet werden müssen. Nur habe man damals nicht mehr nöthig gehabt, sich deßhalb von dem Prätor ein neues judicium constituiren zu lassen, sondern die Edition habe unmittelbar wieder bey demselben Richter geschehen können, bey welchem die frühere Klage angebracht worden war. *)

Allein diese Erklärung scheint mir weder richtig, noch auch nothwenthig zu seyn. Denn

a) wenn alle Förmlichkeiten und Termine wiederholt werden mußten, mit welchen sonst ein Pro-

---

*) F. G. Fleck in diss. cit. c. I. §. 8.

ceß anfing, so konnte doch wohl unmöglich gesagt werden, dieses geschehe in eodem judicio. Wollte man annehmen, daß die Identität desselben bloß von der Identität der dabey thätigen Personen abhängig gewesen sey, so müßte man consequent auch von mehreren von denselben Partheyen vor dem nämlichen Richter geführten, wiewohl übrigens ganz von einander getrennten, Processen sagen, sie wären in eodem judicio verhandelt worden; kurz, der Ausdruck: judicium würde dann nichts Anderes bedeuten, als die Gerichtsstelle. Daß aber Justinians Meinung diese nicht war, erhellt

b) aus der unmittelbar vorhergehenden Stelle, wo er sich derselben Worte, aber in folgender Verbindung, bedient: judex in eodem judicio condemnat. Unverkennbar steht diese Bestimmung in stillschweigendem Gegensatze zu dem Falle, wenn judex non in eodem judicio entscheiden sollte; es ist also klar, daß judex und judicium nicht als gleichbedeutend genommen werden, indem eine Veränderung des letztren als möglich vorausgesetzt wird, während die Person des ersten doch unverändert bliebe.

c) Endlich verrathen, wenn man den §. 35. mit den beyden vorhergehenden im Zusammenhange liest, die Worte: nil eum periclitari placet, deutlich die Absicht Justinians, den Kläger von einem Nachtheile zu befreyen, welcher ihn in dem gegebe-

4*

nen Falle nach den Grundsätzen des ältern gerichtlichen Verfahrens würde getroffen haben.

Worin konnte nun dieser bestehen? — Darin gewiß nicht, daß der Kläger für immer von der Geltendmachung seines Anspruches auf einen ganz andern Gegenstand, oder aus einem ganz andern Klagegrunde sollte ausgeschlossen gewesen seyn. Denn, wenn er auch wirklich in Ansehung der irrig gestellten Klage rechtskräftig abgewiesen wurde, so stand es ihm doch immer frey, nun neuerdings aufzutreten, weil ihm eben wegen der gedachten Verschiedenheit der neuen Klage von der vorigen die exceptio rei judicatae nicht im Wege stand. Die Beschwerde, welche das ältere Verfahren in solchem Falle für den Kläger mit sich führte, bestand also nur darin, daß er wegen der beschränkten Gewalt des judex in demselben Verfahren nichts mehr abändern konnte, sondern ein neues veranlassen mußte. Wäre nun dieses auch unter Justinian noch so geblieben, so wäre nicht abzusehen, worauf die Worte: „nil eum periclitari placet" abzielen sollten, da jetzt der Kläger um keine einzige Beschwerde weniger gehabt hätte, als nach älterem Rechte. Denn darin lag wohl kein Gewinn, daß er den Proceß, statt vor dem Prätor, nun vor dem Richter hätte wiederanfangen müssen.

§. 19.

Diese Erklärung ist eben auch nicht einmal nothwendig. Denn

a) die Worte: in eodem judicio sollen ja nicht etwa soviel sagen, daß in materieller Hinsicht der Streit derselbe bleiben, der Beklagte nicht mehr gehört, sondern das bisher von ihm Vorgebrachte auch auf den geänderten Antrag angewandt werden soll. Sie deuten nur auf eine Identität in Ansehung des äussern Verfahrens. Judicium heißt überhaupt der Inbegriff aller Verhandlungen (abgesehen von ihrem Inhalte), welche zwischen der in jus vocatio und dem richterlichen Endurtheile vorkamen, und unter der Bestimmung, daß in eodem judicio etwas an der Klage verändert werden dürfe, ist daher nichts anders zu verstehen, als daß es nicht nothwendig war, zuerst über den alten Antrag zu entscheiden, und dann hinsichtlich des geänderten förmlich ein neues Verfahren zu eröffnen, sondern, daß die Aenderung in der nämlichen, der Zeit nach zusammenhängenden, Reihe von Verhandlungen geschehen durfte.

b) Dieß war auch allerdings thunlich, ohne dadurch eine Verwirrung zu veranlassen, weil damals nicht, wie gegenwärtig, jeder einzelnen Proceßhandlung nach ihrem Inhalte und Zwecke ein so bestimmter Platz in dem Systeme des Verfahrens angewiesen war, *) hauptsächlich aber darum, weil die

---

*) So durfte ja der Beklagte selbst dann, wenn die Klage nicht erwiedert wurde, seine Exceptionen nacheinander den ganzen Proceß hindurch vorbringen. l. 4. C. (8. 36.) De except. l. 14. §. 1. C.

Partheyvorträge durchaus mündlich geschahen, folglich auch der status controuersiae ohne große Schwierigkeit nach den Einflüssen eines geänderten Merkmals auf die Resultate der bisherigen Verhandlungen umgestaltet werden konnte. Wenn der Kläger entweder durch eine Aeusserung des Beklagten, oder wie immer sonst auf seinen Irrthum aufmerksam gemacht, denselben sogleich berichtigte; — wozu sollte eine Entlassung der Partheyen, und dann eine neue Ladung, kurz, die Erneuerung aller sonst bey dem Anfange eines Processes gewöhnlichen Handlungen und Förmlichkeiten dienen? — Der Beklagte war zugegen, vernahm das neue Vorbringen des Klägers und kannte bereits dessen Zusammenhang mit den vorausgehenden Vorträgen; es war also wohl auch das Einfachste, daß ihm nun der Richter seine Gegenerklärung darüber abfoderte, und darnach die weitere Instruction des Processes einrichtete. Daß ihm, falls er es nothwendig fand, auch wohl eine Bedenkzeit zur Vertheidigung über die geänderten Punkte bewilligt werden mochte, ist noch kein Grund, die Eröffnung eines förmlich neuen Verfahrens anzunehmen, da ja auch sonst wohl Dilationen in demselben Processe vorkamen.

c) Bedenklichkeit möchte es übrigens machen, daß Justinian, wenn er wirklich in dem §. 35. I. c. l. die hier angegebene Bestimmung treffen woll-

---

(4. 31.) De compens. l. 2. C. (7. 50.) Sentent. rescind. K. L. Goldschmidt a. a. O. S. 24 fg.

te, doch die obenangeführte Constitution von Sever und Antonin in den Codex aufnahm, welche, genau genommen, nur die Klage-Aenderung ante judicium, nicht in ipso judicio gestattet. Allein schon die Trennung von dem ursprünglich auch noch dazu gehörigen Texte der l. un. C. De lit. contest., woraus jene Beschränkung erst eigentlich klar hervorgeht, läßt vermuthen, daß Justinian die gedachte Constitution nicht in dieser prohibitiven Beziehung, sondern bloß in so ferne aufnehmen wollte, als dadurch überhaupt die Veränderung der edirten Klage erlaubt wird. Von dieser rein permissiven Seite aufgefaßt, steht sie aber in keinem Widerspruche mit dem §. 35. I., selbst dann nicht, wenn man auch annimmt, daß, wegen der Worte: Speciem futurae litis, bloß von der actio edita vor der Litiscontestation die Rede sey.

§. 20.

Anwendbarkeit auf unser heutiges gerichtliches Verfahren.

Man sieht jedoch leicht, daß diese Bestimmung auf unser heutiges gerichtliches Verfahren nicht anwendbar ist, oder vielmehr, daß, wenn der Beklagte über den geänderten Antrag neuerdings vernommen wird, (was auch nach dem §. 35. I. nicht widersprochen werden kann) dann nicht mehr gesagt werden könne, es sey dasselbe Verfahren vorhanden. Der bey uns gewöhnliche schriftliche Proceß ist eine systematisch geordnete Reihe einzel-

ner, ihrem Zwecke nach speziell bestimmter, Handlungen der streitenden Theile und des Richters. Es hängt nicht von der Willkür der Parthey ab, wann sie irgend eine dieser Handlungen vornehmen wolle, sondern sie muß den Platz beobachten, welcher derselben in dem ganzen Proceß-Systeme angewiesen ist. Identität des Verfahrens ist nur in sofern denkbar, als diese regelmäßige Reihe nicht unterbrochen wird. Dieses würde aber offenbar in dem vorausgesetzten Falle geschehen. Wenn z. B. der Kläger, welcher in seinem ersten Vortrage auf das Grundstück A das Eigenthums-Recht behauptet hatte, nachmals den Beweis des Eigenthums auf das Grundstück B antreten wollte, und nun der Beklagte aufgefodert würde, über dieses geänderte Vorbringen seine Erinnerung abzugeben, so würde die Beweisschrift als Klage behandelt, und, statt daß in dem vorigen Processe den Beklagten die Reihe, zu respondiren, getroffen hätte, würden nun Litiscontestation und Einreden von seiner Seite erfolgen, von deren Inhalte es abhienge, ob nicht Beweisthema und Beweislast nun in Beziehung auf den neuen Antrag eine ganz andere Gestalt und Richtung erhalten müßten, als vorher. — Daß bey diesen Verhältnissen von einer Fortsetzung des vorigen Verfahrens auch nicht einmal in formeller Hinsicht die Rede seyn kann, ist von selbst klar.

Wollte man aber den formellen Standpunkt des vorigen Verfahrens unverrückt beybehalten, also in dem angeführten Beyspiele die Beweisschrift wirklich

als solche behandeln, und dem Beklagten die Responsionen darüber abfodern, so müßte man entweder die Resultate der vorausgehenden Verhandlungen geradezu auf das veränderte Vorbringen übertragen, oder der neue Rechtsstreit würde, statt mit der Klage=, mit der Beweisschrift anfangen. Natürlich wäre Eines so absurd, als das Andere. Im letzten Falle befände sich der Richter in der Lage, ohne Litiscontestation entscheiden, und der Beklagte, sich ohne gehörige Vertheidigung verurtheilen lassen zu müssen. Die Uebertragung der Resultate des bisherigen Processes auf die neue Klage wäre aber gerade so ungereimt, als eine Antwort auf irgend eine bestimmte Frage auch als Antwort auf eine andere wesentlich davon verschiedene gelten lassen zu wollen. Häufig würde es schon de facto gar nicht thunlich seyn; auf keinen Fall aber könnte dem Beklagten zugemuthet werden, die auf einen bestimmten Angriff berechneten Maaßregeln seiner Vertheidigung auch auf einen andern Angriff anwenden zu lassen. *)

Der bisherigen Darstellung zufolge bleibt dem Kläger, welcher etwas Wesentliches in seinen ursprünglichen Anträgen verändern will, kein anderer Ausweg übrig, als mit Aufgebung des bisherigen Processes ein neues Libell zu überreichen, womit auch die rechtliche Folge verknüpft ist, daß er dem Beklagten für die ihm unnöthig verursachten Unkösten

---

*) N. Th. v. Gönner Handb. I. Bd. Abh. 20.

des aufgegebenen Streites Entschädignng leisten muß. *)

---

*) Ob die Klage = Aenderung vor oder nach der Litiscontestation geschieht, macht hier, wo bloß von den formellen Bedingungen die Rede ist, keinen Unterschied. Auch in jenem Falle muß ein neues Libell überreicht werden, oder das vorige gilt wenigstens als ein neues, wenn etwa die Aenderung so beschaffen seyn sollte, daß ohne gänzliche Umgestaltung des frühern Vortrages bloß durch eine Correctur einzelner, z. B. den Gegenstand bezeichnender, Worte geholfen werden kann. Daß vor der Litiscontestation gewöhnlich von einem Kosten = Ersatze die Rede nicht seyn kann, — (wiewohl auch das Gegentheil möglich ist, wenn nämlich über dilatorische Einreden gestritten worden ist, welche durch die ursprüngliche Klage veranlaßt wurden) ist bloß factische Folge des Verhältnisses, aber eben so wenig eine rechtliche Eigenthümlichkeit der Klage = Aenderung vor der Litiscontestation, als es in rechtlicher Beziehung etwas Besonderes ist, daß bey einer Klage = Aenderung vor dem Anfange des Beweisverfahrens weniger Kosten zu ersetzen sind, als nach dem Schlusse desselben. Jener Gegensatz ist nur in solchen Fällen von Bedeutung, wo es ausgemacht ist, daß nach der Litiscontestation, auch wenn sich der Kläger Kosten = Ersatz und Ueberreichung eines neuen Libells gefallen lassen wollte, doch aus speciellen, in dem gegenseitigen Verhältnisse beyder Klagen liegenden Gründen, der Uebergang von einer zur andern nicht Statt findet. Davon wird später zu handeln der Ort seyn.

In so ferne stimmt dem Resultate nach unser heutiges Recht mit dem ältern Römischen überein, *) nur freylich aus ganz andern Gründen. Denn nach diesem war die Nothwendigkeit einer neuen postulatio Folge der Beschränkung des judex auf die ihm ertheilte Instruction; bey uns aber fließt sie aus der systematischen Ordnung des Verfahrens, welche die unzeitige Einschiebung einer anderswohin gehörigen Streithandlung ausschließt, und daher, wenn anders der Beklagte in seiner vollständigen Rechtsvertheidigung nicht verkürzt werden soll, die Eröffnung eines neuen Verfahrens nothwendig macht.

§. 21.

Diese Regel gilt jedoch nur in Ansehung wesentlicher Veränderungen (§. 6.). Wenn weder eine neue Einlassung, noch Vertheidigung in der Hauptsache dadurch rechtlich nothwendig wird, so unterliegt es keinem Bedenken, daß sie mit Beybehaltung des nämlichen Verfahrens vorgenommen werden darf. Daher ist es allerdings erlaubt, die falsche Benennung der actio, oder eine in der Hauptsache nicht relevirende Zeitangabe, oder sonstige ausserwesentliche historische Nebenbestimmungen zu berichtigen. Auch eine Verminderung

---

*) Daher findet sich wohl auch die Bemerkung: Circa mutationem libelli jus Digestorum in foro obtinet. S. de Cocceji Jus civ. controv. l. 2. tit. 13. qu. 6.

der ursprünglich gefoderten Summe kann unbedenklich in demselben Verfahren Statt finden, selbst dann, wenn dadurch eine Einrede des Beklagten, welche sich bloß auf das Quantum der Foderung gründete, z. B. die except. plus pet. oder die Einrede der mangelnden Insinuation gegen eine ursprünglich eingeklagte Schenkungs-Summe über 500 Sol, welche der Kläger nachmals unter dieses Quantum herabsetzt, wegfallen sollte. Denn man kann hier nicht sagen, daß der Beklagte eine Einrede verliert, sondern vielmehr, daß er sie nicht mehr braucht. Die Vertheidigungs-Gründe in Ansehung des verringerten Betrages müssen auf jeden Fall schon in der Vertheidigung gegen die ursprünglich größere Foderung liegen, und dieser geschieht durch das Wegfallen jener Einrede kein Abbruch, weil sich dieselbe ja lediglich auf den Ueberschuß bezieht; es kann daher durchaus von einer Verkürzung des Beklagten die Rede nicht seyn, wenn auch dasselbe Verfahren beybehalten wird. — Aus dem nämlichen Gesichtspunkte wird auch zu beurtheilen seyn, in wieferne eine Vergrößerung des ursprünglich gefoderten Betrages in dem nämlichen Verfahren zulässig sey oder nicht. *) Ergibt sich

---

*) Es versteht sich übrigens von selbst, daß hier vorausgesetzt wird, daß das Nachgefoderte mit der ursprünglichen Foderung sowohl dem Ursprunge, als der Qualität nach eine und dieselbe Schuld ausmachen müsse. Beruht der Betrag,

aus der dem Beklagten hierüber abgefoderten Erinnerung, daß Einlassung und Vertheidigung im Ganzen eben so gut in Beziehung auf die größere Summe gelten, als in Beziehung auf die zuerst in Anspruch genommene geringere, so ist kein Grund vorhanden, warum die ferneren Verhandlungen und das Urtheil selbst nicht auch auf jene sollten gerichtet werden können. Nur dann, wenn der Beklagte in Ansehung des Mehrbetrages ganz neue, bisher noch nicht gebrauchte, Einwendungen vorbringt, z. B. die Einrede des Nachlasses, der Zahlung, der Compensation u. dgl. wird der Kläger zu einem separirten Verfahren darüber angewiesen werden müssen; denn nur in diesem Falle treten wieder jene Hindernisse gegen die Anwendung des §. 34. I. (4. 6.) De actiou. *) ein, welche der Anwendbarkeit des obenerwähnten §. 35. eod. im Wege stehen.

---

um welchen nun mehr gefodert wird, auf einem ganz andern Grunde, so ist eine für sich schon mitten im Laufe des Processes unzulässige Cumulation vorhanden (s. §. 6.).

*) Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat; veluti si, cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit; in reliquo enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat, ex constitutione diuae memoriae Zenonis,

§. 22.

Hiebey entsteht denn noch die Frage, ob nicht wenigstens mit Einwilligung des Beklagten eine Klage = Aenderung in demselben Verfahren Statt finden könne; — welche, wie ich glaube, weder so allgemein bejaht,*) noch verneint **) werden kann, als es gewöhnlich geschieht. Mir scheint, daß hier folgende Fälle zu unterscheiden sind:

I. Entweder hat der Beklagte die ursprüngliche Foderung des Klägers nur deßhalb in Streit gezogen, weil dieser aus Irrthum nicht das wahre Object der Verbindlichkeit, oder, wenn auch dieses, doch aus einem unrichtigen Grunde in Anspruch genommen hat, nun, nach Berichtigung dieses Irrthums, gibt er sich aber selbst schuldig, und erklärt sich zur Befriedigung des Klägers bereit. In diesem Falle kann es eigentlich zu obiger Frage gar nicht kommen. Denn diese setzt voraus, daß auch in Ansehung der geänderten Klage der Streit noch fortdauere. Hier aber hört durch die beyderseitige Erklärung alles Streitverhältniß zwischen den Partheyen auf; der bisher anhängig gewesene Rechtsstreit cessirt durch das von dem Kläger abgelegte Bekenntniß, eine unrichtige Foderung gemacht zu haben; in Ansehung der berichtigten Klage kömmt es aber gar nicht zum

---

*) F. G. Fleck l. c. c. I. §. 6. p. 24.

**) Gail observ. P. I. observ. 74. n. 9.

Processe, weil der Voraussetzung zufolge keine Widerrede vorhanden ist.

Nur in so fern könnte obige Frage auch auf diesen Fall bezogen werden, — ob der Kläger durch das gegentheilige Geständniß hinsichtlich des geänderten Anspruches die Befugniß erhalte, die Verurtheilung des Beklagten zu verlangen? und dieß ist, wie mir scheint, zu verneinen. Vielmehr kann der Beklagte wegen des eigenen Widerrufes des Klägers die Lossprechung von der vorigen Klage und den Ersatz der ihm dadurch verursachten Unkosten verlangen. Dem Kläger aber bleibt, falls der Beklagte die zugesicherte Erfüllung des zweyten Anspruches doch verweigern sollte, nichts übrig, als deßhalb neuerdings Klage zu stellen, wobey ihm jedoch das in dem vorigen Processe erhaltene Geständniß in so ferne zu Statten kömmt, daß nun der Beklagte das Eingestandene nicht mehr direct in Widerspruch ziehen, sondern etwa nur Einwendungen gegen die Gültigkeit und den Umfang des Geständnisses vorbringen kann.

II. Oder der Beklagte will den Streit auch in Ansehung der geänderten Klage noch fortsetzen. Hier kommt es darauf an, ob

1) die Veränderung einen solchen Bestandtheil der Klageschrift betrifft, welcher gar nicht zu den Gegenständen der Streits-Einlassung gehörte; oder 2) einen solchen, der ein Object der Litiscontestation bildete.

ad 1) Der erste Fall wird dann vorhanden seyn, wenn die factische Grundlage — (denn nur diese ist eigentlich Gegenstand der Litiscontestation im Sinne des J. R. A.) — völlig unverändert bleibt, und nur ein anderes Gesuch anstatt des vorigen substituirt wird, wenn also der Kläger bey einer Concurrenz mehrerer auf dem nämlichen Factum beruhender, aber auf verschiedene Zwecke gerichteter Actionen, z. B. einer reipersecutorischen mit der Poenalklage, der actio injur. aestimatoria mit der sogenannten actio recantatoria u. dgl. von der zuerst ergriffenen zu der andern übergeht.

Läßt sich der Beklagte eine solche Veränderung in dem nämlichen Verfahren (in welchem für ihn die Gelegenheit, seine Einreden vorzubringen, schon vorüber ist) gefallen, so kann sie allerdings unbedenklich Statt finden. Denn ausserdem würde ihr nur das Hinderniß im Wege stehen, daß dem Beklagten die Möglichkeit nicht entzogen werden dürfe, die ihm etwa insbesondere in Beziehung auf das neue Gesuch zustehenden Einredeu vorzubringen. Dieses Hinderniß fällt aber durch seine eigne Einwilligung weg, welche, als bloße Verzichtleistung, auf jene Einreden ganz von seiner Willkür abhängt.

§. 23.

ad 2) Ganz anders verhält sich die Sache in dem zweyten Falle. Die Litiscontestation ist nicht etwa bloß ein Schutzmittel des Beklagten, dessen Gebrauch oder Nichtgebrauch bey seiner Willkür stünde,

sondern

sondern sie ist um des Richters willen vorhanden, welcher durch sie in den Stand gesetzt werden soll, den eigentlichen Streitpunkt auszumitteln, weßhalb auch nach ausdrücklicher Vorschrift des J. R. A. bloß eine allgemeine Verneinung nicht hinreicht, sondern die specielle Beantwortung aller einzelnen in der Klage vorgebrachten Thatumstände erfodert wird. Wenn daher, der hier bestehenden Voraussetzung zufolge, mit der Klage eine solche Veränderung vorgeht, daß die frühere Antwort des Beklagten nicht mehr auf den Inhalt derselben angewandt werden kann und darf, und der Beklagte gleichwohl den Streit fortsetzen will, so ist auch schlechterdings nothwendig, daß in Beziehung auf das neue Vorbringen neuerdings lis contestirt werde. Dieß kann aber nicht mitten im Laufe eines andern Processes geschehen, auch, wenn der Beklagte dazu einwilligte. Denn die Leitung des Verfahrens ist gleichfalls nur Sache des Richters und die Partheyen können demselben durch Privatübereinkunft nicht eine zu unfehlbaren Verwirrungen führende Procedur zur Pflicht machen. Es bleibt demnach nichts übrig, als daß in solchen Fällen ein neues Verfahren begonnen werde.

Nur dann dürfte eine Ausnahme gemacht werden, wenn die frühere Litiscontestation wenigstens *factisch* ganz auch auf das veränderte Vorbringen paßt, so, daß dem Richter zu seiner vollständigen Information nichts fehlen würde, wenn

er jene auch in Beziehung auf dieses gelten lassen dürfte, — und wenn nun der Beklagte wirklich erklärt, daß er sie in dieser Hinsicht gelten lassen wolle; daß es ihm gleichgültig sey, ob der Proceß von nun an bezüglich auf den frühern oder spätern Antrag des Klägers fortgeführt werde.

Dieser Fall kann wohl zuweilen eintreten. Zum Beyspiele A fodert von B ein bestimmtes Grundstück als sein Eigenthum. Der Beklagte widerspricht das Eigenthums-Recht des Klägers. Dieser tritt daher den Beweis, zwar über dasselbe Eigenthum begründende Factum, aber nicht hinsichtlich des Anfangs bezeichneten, sondern eines andern Grundstückes an, indem er vorgibt, sich hierin geirrt zu haben. Nun wäre es zwar allerdings möglich, daß die L. C. in Beziehung auf dieses neue Objekt ganz anders ausfiele, als vorher. Aufgedrungen könnte also dem Beklagten auf keinen Fall werden, sich nun sogleich auf das Beweisverfahren einzulassen. Wenn er aber selbst erklärt, das bisher Angebrachte so gelten lassen zu wollen, als wenn es ursprünglich gegen den neuen petitorischen Anspruch gerichtet gewesen wäre, so ist kein Grund vorhanden, die Verhandlungen abzubrechen, und das Verfahren wieder von vorne anzufangen. Denn auf die ihm allenfalls zustehenden neuen Einreden kann der Beklagte, wie schon oben bemerkt wurde, gültig Verzicht leisten; der Streitpunkt wird aber in diesem Falle nicht verrückt, weil die alte L. C. factisch auch auf die neue Klage paßt,

und durch die ausdrückliche Einwilligung des Beklagten auch rechtliche Wirksamkeit in Ansehung derselben erhalten hat.

§. 24.

Die oben §. 20. aufgestellte Regel sagt nur, daß ohne Beobachtung der angeführten Bedingungen keine Klage=Aenderung, keineswegs aber, daß mit Beobachtung derselben jede zulässig sey. Nicht immer kann sich der Kläger dieser Aushülfe bedienen und es ist daher die weitere Frage zu beantworten:

II.

In wie ferne ist es erlaubt, von einer bereits angestellten Klage zu einer andern nach Aufgebung des durch jene veranlaßten Processes überzugehen?

Man erräth leicht, daß die Beantwortung dieser Frage nur in so ferne bejahend ausfallen kann, als der Beklagte nicht bereits durch das, was vor dem Versuche des Klägers, zu einer andern Klage überzugehen, geschehen ist, ein bestimmtes Recht erworben hat, welches die Anstellung der neuen Klage ausschließt. Denn in diesem Falle kann das Aufgeben des vorigen Processes nichts nützen, indem durch einen Verzicht nur Rechte des Verzichtleisten-

den, nicht Rechte eines Dritten unwirksam gemacht werden können. *)

Es kömmt also hier nur auf die Untersuchung an, auf welche Art ein solches Recht für den Beklagten begründet werden kann. Dieses ist nun vor Allen möglich durch das innere Verhältniß der beyden in Frage stehenden Klagen, in so fern nämlich

a) entweder durch ausdrückliche, gesetzliche Anordnung bestimmt ist, daß durch die bloße Anstellung der einen die andere schon als erloschen zu betrachten seyn soll. **)

---

*) N. Th. v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerl. Rechtssachen. Erlang. 1815. Th. I. c. 5. §. 10. und in den Anmerk. zu dieser Stelle; wo überhaupt, in Verbindung mit der schon öfter angeführten Abhandlung desselben Verfassers in dem Handbuche d. deutsch. gem. Proc., gegenwärtige Lehre zuerst auf durchgreifende allgemeine Grundsätze zurückgeführt wurde, welche ganz in der Natur und dem Wesen des gemeinen Processes liegen, so daß man sich nicht etwa bloß bey legislativen Vorschlägen, sondern auch in einem dogmatischen Vortrage mit vollem Rechte darauf berufen darf.

**) Absichtlich bediene ich mich hier nicht des allgemeinen Ausdruckes: „wenn die Klagen in electiver Concurrenz stehen." Denn dahin zählt man gewöhnlich auch den Fall, wenn mehrere auf demselben Fundamente beruhende, und auf den nämlichen Zweck gerichtete, Rechtsmittel concurriren, z. B. die actio person. ex test., die R. V.

Daher findet der Uebergang von der actio de peculio zur actio tributoria nicht Statt. *)

Ferner, wenn sich Jemand die Wahl zwischen zwey alternativ schuldigen Gegenständen vorbehalten, und bereits einen derselben in seiner frühern Klage in Anspruch genommen hat, so kann er nachmahls nicht mehr von der getroffenen Wahl abgehen und den andern Gegenstand fodern. **)

Hiebey versteht sich jedoch von selbst, daß diese Willensänderung dann dem Kläger frey steht, wenn der Beklagte gerade die alternative Beschaffenheit seiner Verbindlichkeit bestreitet und nur einen Gegenstand, nämlich den von dem Kläger nicht gefoderten, schuldig zu seyn behauptet. Denn das Recht des Beklagten, den Kläger in Ansehung seiner Wahl beym Worte zu halten, setzt die Anerkennung des Wahlrechts von seiner Seite voraus; wider-

---

und die actio hyp. zur Verfolgung eines Legates. In diesem Falle findet der Uebergang von einem zu dem andern in einem neuen Verfahren schon deßhalb nicht Statt, weil gegenwärtig der Unterschied bloß in der Benennung besteht, folglich in der That die Klage gar nicht geändert (§. 7.), sondern nur der nämliche Proceß unter einem andern Nahmen wieder von vorne angefangen würde. Hier wird aber das Daseyn einer wirklichen Klage-Aenderung vorausgesetzt.

*) l. 9. §. ult. D. (14. 4.) De trib. act.

**) l. 112. pr. D. (45. 1.) De V. O.

spricht er dieses, so erscheint der Rücktritt des Klägers vielmehr als ein Verzicht auf diese Anfangs behauptete Befugniß.

Auf gleiche Weise kann der Legatar, der von zwey ihm alternativ mit eingeräumtem Wahlrechte hinterlassenen Gegenständen bereits einen gerichtlich in Anspruch genommen hat, seine Klage nachher nicht mehr auf den andern richten; *) und die Gläubiger des Erblassers können, nachdem sie einmal die Separation des hinterlassenen Vermögens zu ihrer ausschließenden Befriedigung gegen die Gläubiger des Erben bewirkt haben, nicht mehr zum Nachtheile der Letztern gegen den Erben selbst auftreten, wenn allenfalls die Verlassenschaft zur völligen Tilgung ihrer Foderung nicht hinreichen sollte. **)

b) Oder in so fern die beyden Klagen schon ihrem Inhalte nach in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß der Kläger, um die erste anstellen zu können, nothwendig auf die zweyte Verzicht leisten mußte.

Daher kann der Verkäufer, welcher aus einem sub lege commissoria abgeschlossenen Kaufcontrac-

---

*) l. 19. D. (31.) De leg. 2.

**) l. 1. §. 17. l. 5. D. (42. 6.) De separ. A. F. J. Thibaut System des Pand. Rechts. 2 Th. §. 1224. lit. C. Auch gehört hieher l. 8. pr. §. 1. C. (6. 36.) De Codicill.

te bereits die actio vend. auf Bezahlung des Kaufpreises angestellt hat, obwohl er schon damals auch von der lex commissoria hätte Gebrauch machen können, nicht mehr auf Rückgängigmachung des Kaufes dringen, *) und umgekehrt. **) Denn, um den Kaufpreis fodern zu können, mußte er auf die lex commissoria, welche ihrem Zwecke nach jener Foderung geradezu widerstreitet, Verzicht thun. ***)

Aus dem nämlichen Grunde erklärt sich auch die Unzulässigkeit des Ueberganges von der actio mandati zur actio furti in dem in der l. 1. C. (6. 2.) De furtis et servo corrupto angeführten Falle; denn was einmal durch die Anstellung der Mandats-Klage als genehmigt erscheint, kann nachher nicht mehr, als invito domino geschehen, mit der Diebstahls-Klage angefochten werden. Die Genehmigung des Geschäfts involvirt die Entsagung der rechtlichen Befugniß, dasselbe aus dem Gesichtspunkte eines Diebstahls zu behandeln.

---

*) l. 7. D. (18. 3.) De lege commissor.

**) l. 4. §. 2. eod.

***) Auch hier versteht sich indeß von selbst, daß, wenn der Beklagte einen puren Kauf behauptet, und die lex comm. widerspricht, der Verkäufer, welcher von der letztern Gebrauch machte, davon abstehen, und den Preis fodern kann.

§. 25.

Um übrigens einen Verzicht des Klägers auf das neuanzustellende Rechtsmitttel aus dem Gebrauche des frühergewählten zu folgern, reicht es keineswegs hin, daß sich etwa bloß durch gegenseitige Vergleichung ihrer Begriffe im Allgemeinen ein Widerspruch herausbringen läßt; sondern der Gebrauch des ersten muß nothwendig den Gebrauch des letzten ausschließen. Lassen sich ihre Fundamente, als in demselben Falle nebeneinanderbestehend denken, so darf eine Verzichtleistung des Klägers, welche ja an sich schon der strengsten Auslegung unterworfen ist, nicht angenommen werden, und es findet, wenn kein Hinderniß anderer Art im Wege steht, allerdings ein Uebergang Statt.

So ist es erlaubt, von der querela inofficiosi zur accusatio falsi überzugehen, *) und umgekehrt, obgleich sich im Allgemeinen wohl sagen ließe, derjenige, welcher einmal mit der Behauptung aufgetreten sey, der Erblasser habe eine pflichtwidrige Verfügung getroffen, habe eben dadurch zugegeben, daß die Disposition von dem Erblasser wirklich herrühre, folglich auch der accusatio falsi entsagt. — Denn es ist möglich, daß ein der Form nach verfälschtes Testament nebstbey auch noch dem Inhalte nach pflichtwidrig ist, d. h. es ist nicht nothwendig, daß es, um das Letzte zu seyn, das Erste nicht sey,

---

*) l. 14. C. (3. 28.) De inoff. test.

wer also wegen Inofficiosität klagt, muß darum nicht die Aechtheit der Urkunde einräumen, noch weniger der die Pflichtmäßigkeit der Verfügung selbst, welcher die Aechtheit der Urkunde anficht.

Eben so gewiß kann derjenige, welcher sich ursprünglich in dem Falle befand, seinen Gegner mit der Eigenthums-Klage oder mit dem Interdicte: „unde vi" zu belangen, von der wirklich angestellten rei vindicatio abstehen und sich des genannten possessorischen Rechtsmittels bedienen, weil ihm etwa die Herstellung des strengen Eigenthumsbeweises zu große Schwierigkeiten macht. *) Denn so wenig daraus, daß Jemand Anfangs bloß auf den Besitz klagte, gefolgert werden kann, daß er sich einen petitorischen Anspruch auf die Sache überhaupt gar nicht zueigne, **) eben so wenig kann aus der ursprünglichen Anstellung der rei vindicatio ein Verzicht auf Wiedererlangung des bloßen Besitzes herge-

---

*) l. 18. §. 1. D. (43. 16.) De vi et vi armata. — Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri; pendente judicio nihilominus interdicto recte agere placuit.

**) l. 14. §. 3. D. (44. 2.) De exc. rei jud. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

leitet werden. *) Selbst die ausdrückliche Erklärung, nicht Eigenthümer zu seyn, schließt den Gebrauch eines Interdicts noch keineswegs aus, weil der juristische Besitz, welcher zu Interdicten berechtigt, nicht bloß durch Anmassung des Eigenthums, sondern auch anderer dinglicher Rechte, der Emphyteuse, des Pfandrechts u. dgl. begründet seyn kann. Auffallend möchte es indeß scheinen, daß in der zuletzt angeführten Stelle (l. 12. §. 1. D. 41. 2.) selbst der Uebergang von der rei vindicatio zu dem Interdicte uti possidetis gestattet wird, da doch der Vindicant nothwendig zugeben muß, daß sich der Besitz der Sache auf Seite des Beklagten befinde, **) das gedachte Interdict aber, als ein remedium retinendae possessionis, ***) voraussetzt, daß der Kläger wirklich den Besitz noch nicht verloren habe.

Der Fall, in welchem eine Concurrenz dieser

---

*) l. 12. §. 1. D. (41. 2.) De adquir. vel amitt. poss. — Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum, uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

**) l. 36. pr. D. (6. 1.) De R. V.

***) l. 1. §. 4. D. (43. 17.) Uti possid. — Est igitur hoc interdictum, quod vulgo: uti possidetis appellatur, retinendae possessionis. — — Hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio.

beyden Rechtsmittel Statt finden könnte, wäre etwa folgender: A übt mehrere Besitzhandlungen auf einem Grundstücke aus, welches auch der bisherige Eigenthümer B als sein Eigenthum zu behandeln fortfährt. Der Letztere kann nun die Handlungen des A entweder bloß als Störung seines Besitzes betrachten, und sich in so fern des interdict. uti possid. gegen ihn bedienen; oder er kann dieselben als eigentliche Selbstanmassung des Besitzes von Seite seines Gegners ansehen, und in dieser Hinsicht mit der rei vindicatio gegen ihn auftreten.

Ergreift er nun diesen letzten Weg, so ist ein doppelter Erfolg möglich:

a) Entweder widerspricht der Beklagte, die Absicht gehabt zu haben, sich durch die befraglichen Handlungen selbst den Besitz des Grundstückes anzumassen, und sucht dadurch die Eigenthums-Klage von sich, als Nichtbesitzer, abzulehnen;

b) oder er nimmt den auf seiner Seite vorausgesetzten Besitz als bekannt an, und fodert den Kläger zum Beweise seines Eigenthums auf.

ad a) In dem ersten Falle unterliegt es keinem Bedenken, daß der Kläger, dem doch darum zu thun ist, wenigstens vor weitern Störungen sicher gestellt zu werden, nun das Interd. uti possid. gebrauchen könne. Denn durch den Widerspruch des Beklagten fällt das Hinderniß weg, welches sonst in

den Voraussetzungen der R. V. gegen den Gebrauch desselben liegen würde.

ad b) Erst in dem zweyten Falle zeigt sich die Schwierigkeit, welche obige Stelle veranlaßt. Wie mir scheint, hängt hier die Entscheidung, ob noch ein Uebergang zu dem Interdicte Statt finden könne, oder nicht, davon ab, ob man eine possessio duorum in solidum zugibt, oder nicht. Im ersten Falle liegt darin, daß Jemand als Vindicant einem Andern den Besitz der Sache zuschreibt, noch nicht das Bekenntniß, daß er selbst gar nicht mehr besitze, weil es ja, vermöge der gedachten Voraussetzung, möglich ist, daß er neben ihm besitze; folglich enthält auch die Anstellung der R. V. noch keine nothwendige Renunciation auf das possessorische Rechtsmittel. Dieser Ansicht folgt Ulpian. *)

Daraus erklärt sich denn auch vollkommen die Entscheidung in l. 12. §. 1. D. (41. 2), welche ebenfalls von Ulpian herrührt, und aus seinem Werke ad edictum genommen ist, wie l. 3. D. (43. 17.)

*) l. 3. pr. D. (43. 17.) Uti possid. Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum. Quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret justam et injustam. Ego possideo ex justa causa; tu vi, aut clam. Si a me possides, superior sum interdicto; si vero non a me, neuter nostrum vincetur; nam et tu possides, et ego.

Gibt man aber eine possessio duorum in solidum nicht zu, so muß auch die Freyheit des Ueberganges von der R. V. zu einem remedium retinend. poss. widersprochen werden. Denn in dieser Voraussetzung gesteht der Vindicant nothwendig den Mangel dessen, was Bedingung dieser Interdicte ist; er muß den Besitz verloren gegeben haben, um die Eigenthums-Klage stellen zu können.

Diese letzte Meinung wird auch jetzt, ungeachtet der angeführten l. 12. §. 1 D (41. 2), den Vorzug verdienen. Denn Ulpians Behauptung einer poss. duorum in solidum findet sich in mehreren andern Stellen ausdrücklich widerlegt. *) Consequent hätte freylich auch die l. 12 §. 1. D. (41. 2.) weggelassen werden sollen; allein bekanntlich ist es ja den Compilatoren öfter begegnet, daß sie von verschiedenen Meinungen der ältern Juristen einer den Vorzug gaben, gleichwohl aber die Folgerungen aus der mißbilligten Meinung stehen ließen.

§. 26.

Allein das gegenseitig ausschließende Verhältniß der beyden Klagen an sich ist nicht das einzige rechtliche Hinderniß des beliebigen Ueberganges von Einer zur Andern. In gewissen Fällen können auch die Rechte, welche der Beklagte bereits durch die bis-

---

*) l. 3. §. 5. D. (41. 2.) De adq. vel amitt. poss. l. 19. pr. D. (43. 26.) De precario.

herigen Streitverhandlungen erworben hat, die Stellung einer neuen, wenn auch nicht in allen Merkmalen mit der vorigen übereinstimmenden, Klage unzulässig machen. Man muß nämlich unterscheiden, ob die Aenderung von der Art ist, daß dadurch ein völlig selbstständiger, von dem frühern durchaus unabhängiger, Anspruch entsteht, oder nicht. In dem ersten Falle ist freylich die Begründung eines solchen Rechtes für den Beklagten nicht möglich. Denn die formelle Wirksamkeit der einzelnen Proceßhandlungen und ihrer Resultate ist durch die fortdauernde Identität der Grundlage des Streites bedingt; wenn also diese durchaus verändert wird, so kann der Beklagte auch keinen Vortheil, der etwa durch das frühere Verfahren für ihn entstanden ist, auf diese anwenden; ja selbst die rechtskräftige Abweisung des Klägers mit seinen vorigen Anträgen, aus welchem Grunde sie auch erfolgen möchte, würde den Beklagten in dem vorausgesetzten Falle gegen die Geltendmachung des neuen Anspruches nicht schützen. Eben deßwegen kann auch das Aufgeben des vorigen Streites für den Kläger durchaus keinen nachtheiligen Einfluß in Beziehung auf die neuanzubringende Klage äussern, indem einer solchen Verzichtleistung auf keinen Fall eine größere Wirksamkeit zugeschrieben werden kann, als einer rechtskräftigen Abweisung.

Hieher gehören denn hauptsächlich folgende Fälle:

1) Wenn der neue Anspruch aus einer ganz verschiedenen factischen Quelle abgeleitet, z. B. eine Summe nun als Darlehen zurückgefodert wird, welche früherhin aus einer Schenkung begehrt worden war u. dgl. *) (1 Abschnitt. §. 7 u. 8.)

2) Wenn die Klage auf einen ganz andern Gegenstand gerichtet wird. (I Abschnitt. §. 9. No. 2.) **)

§. 27.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Klage-Aenderung kein solcher unabhängiger Anspruch zu Grunde liegt, sondern

1) entweder die Basis der neuen Klage ein oder mehrere wesentliche Bestandtheile mit dem Funda-

---

*) Mehrere Beyspiele in §. 35. I. (4. 6.) De act. l. 32. §. 1. D. (9. 2.) Ad leg. Aquil. l. 13. pr. D. (14. 3.) De institoria act. l. 10. D. (19. 1.) De act. emt. vend. l. 31. §. 16. D. (21. 1.) De aedil. edict. l. 93. §. 1. D. (32.) De leg. 3. l. 28. §. ult. D. (34. 3.) De liberat. legat. l. 11. §. 2 et 4. D. (44. 2.) De exc. rei jud. l. 18. D. (44. 7.) De O. et A. l. 2. pr. §. 1 et 2. D. (47. 1.) De priv. delict.

**) Beyspiele: §. 35. I. (4. 6.) l. 11. §. 6. l. 20 et 21. pr. D. (44. 2.) Wenn man die Veränderung der Person des Beklagten auch in den Begriff der Klage-Aenderung aufnimmt, so gehört sie ebenfalls in die Classe dieser Fälle. l. 22. D. (44. 2.) De except. rei jud.

mente der frühern gemein hat; (I Absch. §. 7. a. E.)

2) oder wenn bloß das Gesuch eine Aenderung erleidet, also der historische Klagegrund ganz unverändert beybehalten wird; (I Absch. §. 9. No. 1.)

3) oder endlich, wenn der Kläger gar nur zu einer andern Proceßart übergehen will, also in der Hauptsache der ganze Inhalt der Klage der nämliche bleibt.

In diesen Fällen kann den über die ursprüngliche Klage gepflogenen Verhandlungen, so weit sie sich auf die gemeinschaftlichen Merkmale beziehen, die fortdauernde rechtliche Wirksamkeit nicht abgesprochen werden. Der unverkennbarste Beweis hiefür liegt darin, daß diejenigen Rücksichten, wodurch sich in solchen Fällen die neue Klage von der frühern unterscheidet, den Kläger nach dem Verluste des vorigen Processes doch nicht berechtigen würden, den Streit neuerdings zu beginnen, sondern, daß ihm vielmehr, dieser Abweichungen ungeachtet, die exceptio rei judicatae entgegengesetzt werden könnte. *) Hat nun aber das Urtheil diesen rechtlichen Einfluß, so muß derselbe auch den einzelnen Verhandlungen beygemessen werden, als deren Hauptresultat die Entscheidung selbst erscheint;

*) l. 5. 6. 7. §. 4. D. (44. 2.) De except. rei jud.

scheint; d. h. es muß dem Beklagten auf die Permanenz der einmal durch das bisherige Verfahren gebildeten Streitlage ein eben so unverletzbares Recht eingeräumt werden, als auf den Gebrauch der except. rei judicatae gegen den Versuch, den Streit nur unter andern Modificationen zu wiederholen.

Daraus ergibt sich, daß wegen einer der hier in Frage stehenden Aenderungen die Erneuerung des Processes nur in dem einzigen Falle Statt findet, wenn in Ansehung derjenigen Merkmale, welche der Kläger zur Begründung der neuen Klage ebenfalls wieder brauchen würde, durch die Resultate des früheren Streites für den Beklagten noch kein bestimmter rechtlicher Vortheil begründet ist; was wenigstens dann immer der Fall ist, wenn sich die quaestio litis vorher ausschliessend nur auf einen solchen Punkt bezog, welcher bey der neuen Klage nicht mehr zur Sprache kömmt.

Wenn daher in dem oben §. 7. a. E. angeführten Beyspiele derjenige, welcher die condictio furtiva angestellt hatte, nur das furtum nicht beweisen kann, oder wenn der Beklagte nur darthut, die Sache in gutem Glauben an sich gebracht zu haben, so ist der Uebergang zur rei vindicatio allerdings noch zulässig, weil das Merkmal der Entwendung nicht zu dem Fundamente der Eigenthums-Klage gehört, und rechtmäßige Erwerbung der Sache durch den Beklagten die Möglichkeit nicht

ausschließt, daß doch der Kläger wahrer Eigenthümer sey. Eben so kann derjenige, welcher wegen einer, wie er glaubte, absichtlich verübten Verletzung die actio injuriarum angestellt hatte, allerdings zur actio legis Aquil. utilis übergehen, wenn sich etwa im Verlaufe des Processes zeigt, daß kein animus injuriandi, sondern bloß Unvorsichtigkeit zu Grunde lag. Wenn dagegen in diesem Falle der Beklagte den Beweis geliefert hätte, daß er ganz ausser Schuld war, oder wenn der Kläger den Beweis versäumt hätte, daß der läugnende Beklagte wirklich der Thäter gewesen sey, so kann er nun auch nicht mehr die actio leg. Aquil. gebrauchen, weil diese, so wie die Injurienklage, den Beklagten als wirklichen Urheber der Verletzung, und, daß letztere nicht bloß zufällig geschehen sey, voraussetzt.

In denjenigen Fällen, wo die Aenderung bloß das Gesuch betrifft, (nro. 2 et 3) wird dem aufgestellten Grundsatze gemäß nur dann durch Ueberreichung eines neuen Libells geholfen werden können, wenn nur die Frage über die Zulässigkeit der ursprünglichen Intention des Klägers Gegenstand des vorigen Streites war; denn sobald einmahl der Klagegrund selbst in Streit gezogen ist, erscheint auch die Grundlage der neuen Klage schon als afficirt. Wenn daher gegen die Anfangs gestellte actio redhibitoria bloß die Einrede der Präscription wegen Ablauf der sechsmonatlichen Frist vorgebracht wurde, so ist der Uebergang zur actio

quanti minoris allerdings noch erlaubt; *) dagegen, wenn z. B. der Beklagte das Daseyn der von dem Kläger behaupteten Mängel der Sache zur Zeit des abgeschlossenen Kaufes widersprochen, und dieser vielleicht den Beweistermin versäumt hätte, könnte er sich nicht mehr durch Anstellung der actio quanti minoris helfen. **) Eben so wird der Kläger, so wird derjenige, welcher zuerst die Executivklage angestellt hatte, nur in so fern nach Aufgebung derselben zu dem ordentlichen Verfahren übergehen können, als es sich bisher nur über die Zulässigkeit des Executivprocesses gehandelt hat. Keineswegs kann er aber einen Anspruch auf dem Wege des ordentlichen Verfahrens erneuern, worauf sich der Schuldner schon im Executivprocesse eingelassen, und wogegen er etwa schon geeignete Einreden vorgebracht hat.

§. 28.

Erst in Beziehung auf die in §§. 24 — 27. angeführten Ausnahmsfälle werden nun einige Fragen bedeutend, welche man sonst wohl bey dieser Lehre im Allgemeinen, ohne Unterschied der Fälle, aufgestellt hat, nämlich:

---

*) l. 48. §. 2. D. (21. 1.) De aedil. edict.

**) Arg. l. 25. §. 1. D. (44. 2.) De except. rei jud.

1) Ob nicht wenigstens vor erfolgter Streit-Einlassung eine solche sonst unzulässige Klage-Aenderung noch Satt finden dürfe?

2) Ob sie nach der Litiscontestation nicht wenigstens mit ausdrücklicher Einwilligung des Beklagten, oder durch Hülfe der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, geschehen könne?

ad 1) Diese Frage ist natürlich in solchen Fällen unbezweifelt zu bejahen, wo erst durch das Daseyn eines wirklichen Streites Rechte für den Beklagten entstehen könnten, welche die Anstellung der geänderten Klage hindern würden (§. 27.). Denn so lange lis noch nicht contestirt ist, existirt noch wirklich kein Streit, folglich kann auch von solchen Rechten des Beklagten die Rede nicht seyn. Daraus folgt von selbst, daß Veränderungen dieser Art immerhin Statt finden, so lange nur etwa über dilatorische, oder angeblich Proceßhindernde Einreden gestritten wird, wegen welcher der Beklagte die Litiscontestation verweigert hat; ja selbst dann noch, wenn der Beklagte bereits rechtskräftig dazu verurtheilt ist, sich auf den Streit einzulassen, so lange dieses nur wirklich noch nicht geschehen ist.

Hingegen bey einer electiven Concurrenz mehrerer Klagen, von der in §. 24. angegebenen Art, erlöscht, wie ich glaube, die Freyheit der Aenderung schon durch die Mittheilung des Libells an den Beklagten. In denjenigen Fällen, wo schon eine auf-

sergerichtlich erklärte Wahl unwiderruflich seyn würde, z. B. bey dem legatum optionis, *) oder bey alternativen Stipulationen mit Vorbehalt eigner, jedoch unwiderruflicher, Wahl **) u. dgl., ist dieß für sich klar. Denn es wäre ungereimt, einer vor dem Richter gemachten Erklärung die Wirkung abzusprechen, welche sie doch gehabt hätte, wenn sie auch nur aussergerichtlich geschehen wäre. Hier kömmt es nicht darauf an, ob wirklich schon ein Streit existirt,

---

*) l. 20. D. (33. 6.) De opt. vel elect. leg. — Apud Aufidium libro primo rescriptum est, cum ita legatum est: Vestimenta, quae volet triclinaria sumito sibique habeto, si is dixisset, quae vellet, deinde, antequam sumeret, alia se velle dixisset; mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit; quoniam res continuo ejus fit, simulac dixerit, eam sumere.

**) l. 112. pr. D. (45. 1.) De V. O. — — — Si quis stipulatus sit, Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet; quem elegerit, et is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit: Quem voluero, an: Quem volam. Nam si talis fuerit: Quem voluero, cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit; si vero tractum habeat sermo illius, et sit talis: Quem volam, donec judicium dictet, mutandi potestatem habebit.

sondern nur auf den wirklich erklärten und dem Schuldner zur Kenntniß gebrachten Willen des Gläubigers. Dieser ist vorhanden, sobald die Klageschrift communicirt ist, ohne daß die Litiscontestation noch weiter dazu nöthig wäre.

Eben so wenig kömmt es aber auch in solchen Fällen auf die Litiscontestation an, wo in dem Inhalte einer Klage an sich schon nothwendig ein Verzicht auf eine andere, z. B. in der actio venditi auf die actio ex lege commissoria enthalten ist, oder, wo ausdrücklich durch das Gesetz bestimmt ist, daß schon durch die Anstellung einer gewissen Klage eine andere erlöschen soll. *) Denn auch hier ist der

*) z. B. in l. 8. pr. C. (6. 36.) De codicillis. Si quis agere ex testamento quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit, ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens minime permittatur. Tantum enim adest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, ut etiam illud sanciamus, si testator faciens testamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit; qui hereditatem petit ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse, ita ut sive bonorum possessionem secundum tabulas, sive secundum nuncupationem caeterasque similes postulaverit, — — — statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum

Grund, welcher einen Rücktritt rechtlich unzulässig macht, schon vollkommen vorhanden, sobald die Klage gehörig angebracht und mitgetheilt ist.

Dagegen kann auch aus der l. 3. C. De edendo keine gegründete Einwendung gemacht werden. Denn diese enthält erstens nur eine allgemeine Vorschrift, welche gegen specielle, ausdrückliche Ausnahmsfälle nichts beweist; und dann bezieht sie sich auch nur auf die actio edita nach Römischem Rechte, welcher das Klaglibell in unserm schriftlichen Verfahren in keiner Hinsicht gleichgestellt werden kann, weder in Ansehung des Inhaltes, indem dieses eine umständliche Erzählung des Factums enthalten muß, was bey der Römischen editio wohl nicht nothwendig war, da sie auch durch bloßes Hindeuten auf das Album praetoris geschehen konnte; *) noch in Ansehung des Zweckes, weil die Exhibirung des Libells bey dem Richter nicht etwa bloß deßhalb geschehen muß, um den Gegner nur vorläufig von einem erst künftig anzubrigenden Anspruche **) in Kenntniß zu setzen, sondern wirk-

---

suae intentionis explanet. — Vergl. auch §. 1. c. l.

*) l. 1. §. 1. in f. D. (2. 13.) De edendo. — — — Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstrat, quod dictaturus est.

**) l. 15. D. (46. 8.) Ratam rem hab.

lich schon der erste Schritt zur Geltendmachung desselben ist.

§. 29.

ad 2) Was jedoch die zweyte Frage betrifft, so ist es wohl ausser Zweifel, daß mit Einwilligung des Beklagten auch noch nach der Litiscontestation (respective nach der Communication der Klage) der ausserdem unzulässige Uebergang zu einer andern Klage Statt finden könne. Denn die Unveränderlichkeit gründet sich in allen angegebenen Fällen auf Rechte des Beklagten, welchen er eben so gewiß entsagen kann, als er sich selbst mit Verzichtleistung auf den Gebrauch der exceptio rei judicatae die Wiederholung des Streites gefallen lassen könnte. Eben so wenig unterliegt es einem Bedenken, daß durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand manchmahl geholfen werden könne. Nur versteht sich dießfalls von selbst, daß, weil die restitutio in integrum zum Behufe einer Klage-Aenderung nichts Besonderes hat, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist, eine justa causa, z. B. erweislicher Betrug, durch welchen man verleitet wurde, von zwey sich gegenseitig ausschließenden Klagen die minder vortheilhafte anzustellen, *) oder Zwang, u. dgl. vorhanden seyn muß.

---

*) l. 4. §. 5. in f. D. (14. 5.) Quod cum eo etc.

r Schi

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bayer, Hieronymus <<von>>,

Ueber die Aenderung des Klaglibells ein zivilistischer Versuch

Landshut 1819

J.pract. 22 e
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10553801-9